A. NIETO

BIENES COMUNALES



EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO

BIENES COMUNALES

Número de Registro: 1.238 - 64
Depósito Legal. M. 9.717 - 64
Imp. «Pablo López». Madrid (15)

ALEJANDRO NIETO
DOCTOR EN DERECHO

Bienes comunales



EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO
MADRID

534



Dichosa edad y siglos dichosos aquellos a quien los antiguos pusieron nombre de dorados, y no porque en ellos el oro (que en esta nuestra edad de hierro tanto se estima) se alcanzase en aquella venturosa sin fatiga alguna, sino porque entonces los que en ella vivían, ignoraban estas dos palabras de «tuyo» y «mío». Eran en aquella santa edad todas las cosas comunes.

(Cervantes.)

Trátase de uno de los campos más difíciles y menos cultivados del Derecho español, necesitadísimo de una teoría construida después de investigar la inmensa variedad de ordenanzas y costumbres, y huyendo de aplicar forzadamente a este orden de relaciones un Derecho privado romanista y hostil a todas las instituciones que se basan en la comunidad de dominio y de aprovechamiento.

(Jordana de Pozas.)

ABREVIATURAS*

C. c...............	Código civil.
LEF.............	Ley de Expropiación forzosa.
LJ................	Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.
LM..............	Ley de Montes.
LPA.............	Ley de Procedimiento administrativo.
LRJA...........	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.
LRL.............	Ley de Régimen Local.
RB..............	Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales.
RM..............	Reglamento de Montes.
Ss................	Sentencia.
T. S............	Tribunal Supremo.

(*) Con objeto de no dificultar la lectura del texto, sólo se han utilizado las consideradas imprescindibles debido a su constante reiteración.

I N D I C E

CAPÍTULO CUARTO

LOS BALDIOS

CAPÍTULO QUINTO

IMPUTACION DE LOS BIENES COMUNALES A UNA "UNIVERSITAS"

CAPÍTULO SEXTO

LA FORMACION DE LOS BIENES COMUNALES EN EL SIGLO XIX

CAPÍTULO SÉPTIMO

NATURALEZA JURIDICA

CAPÍTULO OCTAVO

BIENES COMUNALES ATIPICOS

CAPÍTULO NUEVE

MONTES VECINALES

Págs.

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

FORMA DE LOS APROVECHAMIENTOS
(Derecho comparado)

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

FORMA DE LOS APROVECHAMIENTOS

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

EL OCASO DE LOS BIENES COMUNALES

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

PRESENTE Y FUTURO DE LOS BIENES COMUNALES

INTRODUCCION

1. Los bienes comunales nunca han encontrado un tratamiento adecuado en el Derecho Administrativo. Su misma denominación técnica se introduce durante la segunda mitad del siglo XIX un poco como de contrabando, y casi sin excepción han sido considerados como una *aberratio* jurídica, como un monstruo que la Ciencia del Derecho era incapaz de absorber y de incluir en sus categorías lógicas. Los bienes comunales, como el alma del cazador Grachus, han ido llamando a todas las puertas del Derecho Administrativo sin encontrar acomodo en ninguno de sus capítulos: muy próximos al dominio público, más o menos integrados en el patrimonio municipal, variedades de servidumbre o de comunidad..., es lo cierto que pese a todas estas analogías, no han podido nunca ser encajados satisfactoriamente en una de estas categorías. Y en cuanto a su naturaleza jurídica, siempre se la ha considerado como un misterio indescifrable. Todo esto ya es, por sí mismo, un tema de meditación.

Acabamos de aludir a lo moderno de su aparición como categoría técnica. Para nosotros los bienes comunales son, en España, un resultado de la desamortización. Hasta entonces el patrimonio municipal es un conjunto indiferenciado de bienes (derechos y acciones) demaniales, comunales y de propios. Más aún, no se trata todavía de un patrimonio municipal, sino de bienes "propios y comunes de los pueblos", según la terminología consagrada.

El texto normativo básico era la abigarrada ley 9, título XXVIII, de la Partida Tercera: "Apartadamente son del

común de cada una cibdad, o villa, las fuentes, e las plaças o facen las ferias, e los mercados, e los lugares o se ayuntan a concejo, e los arenales que son en las riberas de los ríos, e los otros exidos, e las carreras o corren los cauallos, e los montes, e las dehesas, e todos los otros lugares semejantes destos que son establecidos e otorgados para procomunal de cada cibdad, o villa, o castillo, o otro lugar". Esta es la propiedad colectiva o bienes de corporación, que dirán los autores (1), distinguiéndoles cuidadosamente de los bienes del Estado y de los bienes públicos o de propiedad de la Nación.

La Ley desamortizadora de 1 de mayo de 1855 vendría a subrayar una variedad importante —los bienes de aprovechamiento común— que se declaraban exentos de la desamortización. Pero, entiéndase bien, no es que los bienes de aprovechamiento común fueran una categoría distinta de los bienes de propios y comunes de los pueblos (como hoy, por ejemplo, los bienes de propios respecto de los comunales), sino una simple especie o variedad dentro del género que constituían éstos: así, mientras que el artículo primero declaraba enajenables los bienes pertenecientes a los propios y comunes de los pueblos, el artículo segundo, como excepción dentro de éstos, libera de la enajenación a los de aprovechamiento común.

De los bienes de dominio público aún no se hace cuestión. Esta sería una categoría lógica, que la doctrina importaría de Francia, y el Código civil adaptaría luego a su modo (2), para terminar introduciendo una confusión que cada día se agrava más, y a la que ya es urgente poner fin, aunque para ello sea preciso abandonar la teoría del dominio pú-

(1) Cfr. por ejemplo, en la víspera de la aparición del Código civil, COLMEIRO, *Derecho Administrativo español*, 4.ª ed., II, 1876, pág. 191.

(2) Sobre este punto, FERNÁNDEZ DE VELASCO, "Sobre la incorporación de la noción de dominio público al Código civil español", en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, número homenaje a Gascón y Marín, 1942, págs. 113-127.

blico, cuyos días —no es difícil predecirlo, aunque causé en algunos cierto escándalo— están contados. En 1855 el dominio público no pertenece a nadie o, si se quiere, pertenece a la Nación; pero, desde luego no, ni al Estado ni a la Provincia ni a "los pueblos". Por eso precisamente, después de haber declarado la desamortización de todos los bienes pertenecientes al Estado y a los pueblos, no se considera necesario excluir a los bienes de dominio público, porque éstos no están comprendidos entre aquéllos (3).

De esta manera nos encontramos con la siguiente situación: a) con anterioridad a 1855 los bienes municipales (de propios y comunes de los pueblos) constituyen una masa indiferenciada, cuyos elementos unas veces se dedican a la obtención de rentas (de propios en sentido estricto) aplicadas a la satisfacción de las necesidades colectivas de la corporación en cuanto tal, y otras veces son aprovechados directamente por el vecindario; b) con posterioridad a 1855 desaparece este estado de indiferenciación. Los Ayuntamientos —que hasta entonces habían dispuesto libremente del destino de los bienes, puesto que tal cambio no implicaba transformación de naturaleza— pierden esta facultad, y la destinación de los bienes se convierte en la clave de su naturaleza jurídica. El patrimonio municipal se descompone: por un lado, bienes de los pueblos no aprovechados en común, cuya desamortización se ordena, y, por otro, bienes aprovechados en común, que se conservan.

Estos bienes de los pueblos no apropiados (no de propios, es decir, que no producen renta) son los que hoy llamamos bienes comunales. Pero se hubieran evitado muchos equívocos

(3) El Código civil, por lo que se refiere a los pueblos, no vendría a alterar esta situación. El dominio público municipal no existe, como bien claramente dicen los artículos 343 y 344 (que sólo reconocen bienes de uso público y patrimoniales) y, a mayor abundamiento, el artículo 341, conforme al cual, los bienes de dominio público, si son desafectados, *pasan a formar parte de la propiedad del Estado* y no del Municipio.

si desde el primer momento se hubiera empleado otra terminología, porque lo que se quería decir con aprovechamiento común, era aprovechamiento común de los vecinos, *aprovechamiento vecinal* y, por tanto, *bienes vecinales*, como ocasionalmente se les ha llamado, lo que es mucho más correcto (4).

Al hablarse solamente de aprovechamiento común, la polivalencia de esta raíz provoca en ocasiones que estos bienes no sólo sean asimilados a los comunales, sino a los comunes y a los de uso común o público. Según la ley 3, tit. XXVIII, de la Partida Tercera (no se olvide que aún no se ha promulgado el código civil) "cosas que *comunalmente* a todas las criaturas que viven en este mundo (y) son estas: el ayre, e las aguas de la lluvia, e el mar e su ribera. Ca cualquier criatura que bive, puede usar de cada una de estas cosas, segun quel fuere menester". Con un sentido muy distinto, añaden las leyes 4 y 6 del mismo título que "la ribera de la mar es de *uso comunal* de la gente" y que "los ríos, puertos y caminos pertenecen a todos los omes comunalmente", lo que el artículo 344 del código precisaría así: "son bienes de uso público, en las provincias y los pueblos, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias".

El "aprovechamiento común" de la ley de 1855, en cuanto vecinal, no se refería precisamente a estos bienes comunes a todas las criaturas, hombre y animales, ni a los bienes de

---

(4) Hoy, sin embargo, ya seria demasiado tarde para pretender imponer esta denominación, puesto que hay una tradición doctrinal y legislativa, que no es posible desconocer, en la que se produciría una gran confusión con cualquier depuración terminológica de este tipo. J. D. y DÍAZ-CANEJA ("Bienes municipales" en *Revista de Estudios de la Vida Local,* núm. 81. 1955, págs. 430-439) se manifiesta enérgicamente tanto en contra de la expresión "comunales" como de la de "vecinales". Sus argumentos son ciertos; pero este autor olvida que la expresión "comunes" —recordada un poco nostálgicamente— es aún más equívoca, por las razones que se han indicado en el texto.

"uso comunal de la gente", "de todos los omes" o de uso público del artículo 344 del código civil. Pero la legislación desamortizadora, como la jurisprudencia posterior, al pretender caracterizar estos bienes, no se fijaron tanto en analizar el elemento positivo —el aprovechamiento común— para precisar su contenido, como en el elemento negativo: el no ser bienes de propios, el no estar apropiados, es decir, el estar su aprovechamiento exento de pago. Este desenfoque de perspectiva aparejaría consecuencias prácticas muy importantes en dos direcciones: así se consideraría no desamortizables, por ser de aprovechamiento común, bienes tan poco aprovechables comunalmente como un depósito de herramientas y, en cambio —y esto resultaría funesto—, se consideraron desamortizables, por no ser de aprovechamiento común, bienes que se disfrutaban por sorteo entre el vecindario, pero por los que se satisfacía un pequeño canon. El primer error no se desharía del todo mientras no se desarrolló la teoría del dominio público municipal por servicio público, y el segundo, hasta que la moderna legislación local admitió la onerosidad en los aprovechamientos de bienes comunales en sentido estricto.

2. La ley de 1 de mayo de 1855 —no obstante haber configurado la estructura económica y social de España en unos términos que aún se mantienen hoy en líneas generales— fue considerada por los autores de la época como una "ley administrativa" en el sentido entonces usual, es decir, como una ley de segundo rango (y dogmáticamente no les faltaba razón) aplicable sólo en una jurisdicción no independiente, indigna de toda consideración científica, y que para nada debía afectar al sistema jurídico por antonomasia, al romano civilista (5). Sólo así puede explicarse que el código civil desco-

(5) A esta actitud científica alude expresamente SPIEGEL para explicar el literal menosprecio con que la Ciencia jurídica ha tratado durante muchos años a las leyes administrativas, considesándolas como normas de rango inferior a las civiles (o, por mejor decir, romanas). La superioridad del Derecho romano venía garantizada por su antigüedad milenaria, de un lado, y de otro, por su pretendido carácter de *ratio scripta*, como por entonces, sin excepción, se le

nociera tanto esta ley como las municipales (6) y prescindiese en absoluto de los bienes comunales o, si se quiere, de los bienes de aprovechamiento común, al hablar de los bienes de la Provincia y del Municipio.

Esto no significa, sin embargo, que el código desconociera los bienes de aprovechamiento común, cuyas exclusiones de la desamortización se debatían diariamente en unos Tribunales, cuya práctica —civil y administrativa— dominaban a fondo buena parte de los excelentes abogados que le redactaron. Lo que sucede es que para el código civil, los bienes comunales no forman una categoría especial de bienes municipales, sino que se trata de simples bienes públicos gravados por una comunidad (o servidumbre) de aprovechamientos, como les describen literalmente los artículos 601 y 550, y ha pasado desapercibido por buena parte de la doctrina, sorprendida por este quiebro inesperado de sistemática.

Sea como sea, los bienes comunales carecen de una base legal en que apoyar su dogmática y, además, aquélla se encuentra dividida en dos ordenamientos —civil y administrativo— que no ofrecen puntos de contacto. Si se añade a estas situaciones la circunstancia de que por aquellos años se encontrara en su apogeo el liberalismo político y económico, para quien los bienes comunales significaban los restos de una organización que debía superarse, no hay que extrañar que los juristas contemporáneos al código civil no les dedicasen la más mínima atención.

3. Pero aún había de concurrir una nueva circunstancia desgraciada para terminar de desenfocar en España el estudio de este tema. A finales de siglo empezó a leerse en

---

consideraba. Frente a él, las leyes administrativas parecían demasiado fugaces, simples reacciones a la necesidad de un momento; se tenía conciencia de que iban a durar poco, y los juristas, para asegurar una pervivencia a sus obras, se veían forzados a buscar un apoyo en el Derecho Natural (*Die Verwaltungsrechtswissenchaft*, 1909, páginas 10 y siguientes).

(6) Sobre la recepción de la teoría del dominio público en la legislación local. Cfr. GONZÁLEZ BERENGUER, *El patrimonio de las corporaciones locales.—Su recuperación y defensa*, 1961, págs. 19 y sigs.

nuestro país una obra de LAVELEYE (7) sobre los orígenes de la propiedad. Este libro, de factura sociológica —pero con más filosofía que historia y más que imaginación que filosofía (y desde luego nada de derecho)— consiguió un gran número de adeptos que le consideraron como una nueva revelación sobre la evolución de la Humanidad. Según él, el origen de toda propiedad es una propiedad colectiva, de la que los bienes comunales serían "restos paleontológicos milagrosamente conservados".

Las ideas del autor francés pronto hicieron escuela en España, de la que sería cabeza Joaquín COSTA, quien convencido de la importancia y significación de los bienes comunales, llegó a describirnos hasta los menores detalles de su existencia, no sólo en la Edad Media, sino entre los visigodos y romanos, y hasta entre los vacceos y tartesios.

Esta corriente —que coincidía con el desinterés jurídico de los autores— había de ser fatal para los bienes comunales, que se convirtieron en un tema de la Filosofía de la Historia o de pintoresca sociología regional. Así surgió el mito de los bienes comunales como enigma histórico, recuerdo de la Edad de Oro de civilizaciones perdidas y clave de futuros reajustes sociales. El lado positivo del mito fue, al menos, que logró detener el acelerado proceso de liquidación que el liberalismo racionalista había impuesto al patrimonio comunal. Su lado negativo fue el abandono de toda preocupación jurídica y real y la consagración del diletantismo más desenfadado.

Reapareció entonces un romanticismo científico que a fines del siglo XIX y a principios del XX era disonante e inadmisible. Los autores recogían ejemplos pintorescos y se recreaban en ensueños medievales de los que aún no nos hemos visto libres.

---

(7) *De la Propiété et de ses formes primitives*, 1874. Cfr. también *La propieté du sol dans differents pays*, 1886.

Mientras tanto, en Europa —que había sido igualmente sensible, sobre todo Italia, a la corriente sociológico evolutiva citada— se había producido una fuerte reacción: la tesis de LAVELEYE fue desmontada inexorablemente por los autores alemanes y dejó ya de creerse en aquella fabulosa Edad de Oro del prediluvio. Pero por lo que a nosotros afecta, el resultado fue un simple cambio de modas. La Ciencia alemana nos trajo, sin más, un sistema de comunidades comarcanas propias de la cultura germánica primitiva, cuya supervivencia en Centroeuropa no parece ofrecer duda después de los estudios de MAURER y GIERKE —por citar los más conocidos— pero cuya extensión a España por obra de los visigodos dista mucho de ser probable. Hace treinta años Beneyto sometería a revisión esta tesis germánica; pero tampoco se vio libre este autor —quizá por reacción— de un tonillo de latinidad mediterránea, muy de acuerdo con el momento, pero que ahora nos suena un tanto extraño y hasta sospechoso.

Lo que importa subrayar es que como consecuencia de estos flujos y reflujos históricos, que tanto interés se tomaron por los bienes comunales, quedaba muy poco espacio para los estudios jurídicos. Los autores del Derecho Administrativo nunca llegaron a comprender —y ni siquiera lo intentaron seriamente— la flagrante contradicción existente entre una raquítica doctrina apoyada en dos artículos del Código civil mal estudiados y una frondosa serie de teorías históricas sujetas a violentos cambios de moda. La consecuencia ha sido que los juristas han renunciado conscientemente a la inteligencia del secreto de los bienes comunales, refugiándose en la cómoda postura de una vaga referencia a un pasado misterioso. Por más que asombre lo frívolo de esta actitud, es un hecho que los libros de Derecho Administrativo de la primera mitad del siglo han esquivado con frecuencia el problema cubriéndose con esta alusión a un remoto origen, de tal manera que la Historia no ha sido aquí un instrumento colaborador del Derecho, sino una excusa para su pereza. Los bienes comunales siguieron siendo un tema histórico, sin ver-

dadera sustancia jurídica, y de aquella época apenas si podemos retener una genial intuición de JORDANA DE POZAS (8), repetida luego indefectiblemente por los autores posteriores, y un trabajo de FERNÁNDEZ DE VELASCO, sobre el que hemos de volver (9).

4. Si a los historiadores debemos la desubstanciación jurídica del tema, a la Historia, paradójicamente, hemos de acudir para indagar el secreto de los bienes comunales. Hoy no es una novedad afirmar que el método histórico es el único camino viable para comprender buena parte de las instituciones del Derecho, al menos de aquellas que no son el resultado de un puro trabajo mental —técnicas al servicio de una realidad que se quiere dominar—, sino simple expresión intelectual de formas sociales cuya eficacia se reconoce. En el Derecho Administrativo estas instituciones son relativamente numerosas. En el Derecho civil la codificación racionalista hizo tabla rasa de muchas instituciones que por voluntad del legislador dejaron de existir a partir de entonces. Esto radica en la naturaleza de las cosas. El legislador puede, con unas líneas, lograr que dejen de existir las hipotecas, porque éstas son una pura creación jurídica; pero no podrá, por ejemplo, suprimir la existencia del crédito, porque es una realidad social, a cuyo servicio o, mejor aún, para cuya dominación se encuentra el Derecho (10).

---

(8) "Trátase de uno de los campos más difíciles y menos cultivados del Derecho español, necesitadísimo de una teoría construida después de investigar la inmensa variedad de ordenanzas y costumbres, y huyendo de aplicar forzadamente a este orden de relaciones un Derecho privado romanista y hostil a todas las instituciones que se basan en la comunidad de dominio y aprovechamiento". *Derecho Municipal*, 1925, pág. 218.

(9) "Sobre la naturaleza jurídica de los bienes comunales", en *Revista de Derecho Privado*, 1928, págs. 66 y sigs.

(10) Cfr. WIEACKER, *Historia del Derecho privado en la Edad moderna*, trad. esp. 1957, pág. 187: "Uno de los más lastimosos prejuicios de la opinión jurídica, aun hoy dominante, es el creer que por un mero acto de voluntad del legislador pueden ser fabricados todos los elementos determinantes de la noción del Derecho".

Tal caso es frecuente en el Derecho Administrativo. Dentro o al margen del Derecho existirán bienes comunales mientras haya necesidades humanas que los hombres deban satisfacer en comunidad. Por eso, si queremos averiguar la verdadera esencia de esta institución, no hemos de detenernos en el ropaje jurídico que en un momento determinado se le haya dado, máxime cuando esta determinación jurídica ha sido de ordinario tan precaria e insuficiente (11). Teniendo en cuenta, además, que el cuerpo social está en constante evolución por la permanente evolución de las necesidades sociales y de la estructura económica a que responde la existencia de los bienes comunales, es claro que solo la Historia podrá darnos la clave de su esencia.

Lo cual no significa, naturalmente, confundir Historia y Derecho. Sobre ello hemos insistido más arriba. Se trata sencillamente de utilizar un método histórico, es decir, de recorrer un camino que nos lleve a la inteligencia de una institución que es, por descontado, una institución jurídica, para desde allí desarrollar su estudio jurídico y legal.

Este camino histórico no va a ser, pues, hacer una historia de los bienes comunales (que, mejor o peor, ya está hecha; piénsese en las obras de AZCÁRATE, CÁRDENAS y ALTAMIRA), historia externa; sino analizar la evolución histórica de la institución, su historia interna, lo que los alemanes llaman una *Dogmengeschichte*, que aún está por hacer. Un apunte de este tipo de historia dogmática de los bienes comunales

---

(11) A lo largo del libro tendremos ocasión reiterada de comprobar la exactitud de la certera —y obvia— distinción entre instituciones jurídicas e instituciones sociales. "Las instituciones sociales no coinciden con las jurídicas, pues las primeras hacen referencia a la realidad extrajurídica de la que brotan los intereses dignos de protección, mientras que las instituciones estrictamente jurídicas se refieren a los medios de que se vale el ordenamiento jurídico para organizar conscientemente la protección de aquellos intereses. Es decir, las instituciones jurídicas constituyen un repertorio de instrumentos intelectuales aptos para canalizar y resolver los conflictos de intereses que brotan en la vida de las instituciones sociales; éstas, en cambio, representan las auténticas realidades previas a toda intervención de los órganos oficiales del Derecho" (PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III, 1953, pág. 252).

tenemos en España en el aludido trabajo de FERNÁNDEZ DE VELASCO, quien fue el primero en emplear materiales históricos, no para acumular curiosos precedentes o para "hacer historia", sino para acercarse a la esencia de la institución (12).

Un historiador fuera de serie, H. KANTOROWICZ, en una apasionada obra de juventud (13) ha afirmado que nadie ha podido probar hasta ahora que un error dogmático grave haya sido provocado por un desconocimiento de la historia y que, por tanto, es inútil estudiar históricamente el Derecho vivo. Esto no es exacto, y el ejemplo de los bienes comunales va a ser precisamente una prueba irrefutable, ya que toda la vaguedad, toda la incertidumbre en que siempre ha flotado esta institución ha sido provocada por el desconocimiento de su naturaleza histórica. Y el hasta ahora inexplicado enigma de las relaciones del Municipio y las relaciones de los vecinos —que no había forma de encajar en los sistemas jurídicos modernos— se aclara súbitamente cuando se toma conciencia histórica del papel que en su día jugaron uno y otros, y que luego se enturbió hasta desnaturalizarse por completo.

Son muy explicables ciertamente los recelos —aun tan extendidos— frente a la penetración histórica del Derecho Administrativo. El lector está ya a la vuelta de ese escamoteo reiterado del tratamiento jurídico de los problemas, al que nos tienen acostumbrados buena parte de los "manuales de la disciplina" y no pocas monografías, en las que el estudio dogmático del tema y el análisis de las fuentes legales, se

---

(12) ALTAMIRA había tenido ya conciencia de la necesidad de escribir una historia dogmática, y si no llegó a lograrlo, fue más bien que por su condición de historiador, y no de jurista, por la escasez de elementos y precedentes con que podía contar en las fechas y circunstancias en que escribió su obra: "Eso que llaman historia interna de las cosas es lo que hay que hacer ... (pero) no se hallará sino a momentos y muy por lo corto en el presente libro, cuyas pretensiones no pasan de las que pueda tener una colección de materiales para formar la historia de la propiedad comunal" (*Historia de la propiedad comunal*, 1890, pág. 28).

(13) *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (GNAEUS FLAVIUS), 1906, pág. 31.

sustituye por unas vagas consideraciones sociológicas y económicas, una detenida descripción de curiosos *antecedentes históricos* sacados de segunda o tercera mano y, en fin, una transcripción indigesta y acrítica de las normas vigentes.

Lo curioso de esta actitud metodológica estribaba en que, al mismo tiempo, se afirmaba doctoralmente la modernidad del Derecho Administrativo "nacido de la Revolución francesa", como se ha estado repitiendo hasta hace poco. Esta tesis —hoy insostenible— se basaba en la lectura fiel de los administrativistas franceses del siglo XIX, cuyo positivismo bien conocido les hacía atenerse a la letra de las leyes vigentes en su país, y éstas, en efecto, casi nunca son de fecha anterior a la Revolución. Pero aquí no se dieron cuenta de que una cosa son las leyes y otra el Derecho. En todo caso, con esta contradicción expositiva se subrayaba más aún el carácter escapista de los eruditos antecedentes históricos —de los que ninguna enseñanza se deducía—, y se reafirmaba la desconfianza frente a los mismos.

Por otro lado, el estudio del pasado de las instituciones jurídicas ha acarreado más de una decepción, incluso cuando se ha llevado a cabo de la manera más honrada. El ejemplo de Savigny no puede ser más aleccionador: Nadie como él ha justificado la necesidad de investigar el pasado para comprender el presente; pero el conjunto de su obra representa un lamentable fracaso en relación con los impulsos de su programa. En general, los trabajos de todos los representantes de la paradigmática Escuela histórica quedaron muy lejos de lo que metodológicamente se habían propuesto. Se quedaron en la mitad del camino, al no llegar a establecer el tantas veces predicado contacto entre la historia y la realidad del momento. SAVIGNY estudió la historia del Derecho Romano, pero no pasó de la Edad Media, y PUCHTA designó con acierto a esta parte de su producción *estudios anticuarios*. Esto ya llegó a observarlo HEGEL, quien reprochó a la Escuela Histórica el seguir trabajando, a pesar de sus pretensiones, con materiales muertos. Al no lograr tender un puente entre el pasado y el presente, entre la historia jurídica y la realidad

social, acabó viviendo en el puro derecho del pasado o en un formalismo jurídico histórico que vino a ser la primera fase de la dogmática pluralista. En el primer caso, se consideró al Derecho del pasado aislado del conjunto de la vida social; en el segundo, se explica el Derecho del presente desde los conceptos jurídicos generales. En ambos casos, se remite, pues, el Derecho al propio Derecho, y con ello se explica por sí mismo. De aquí que se tratase en sustancia de una forma de positivismo, desde el momento en que se hizo objeto exclusivo de las consideraciones científicas a un campo jurídico separado de sus presupuestos y fines (14).

Otro ejemplo que induce a meditar sobre el valor efectivo de los estudios históricos, es el fracaso de la llamada jurisprudencia erudita o elegante. El humanista del Renacimiento se caracteriza, frente a los comentaristas medievales, por su sentido histórico, que le impulsó a determinar con precisión el texto del Corpus iuris y a integrarle, como un fenómeno más, en la época de su formación. Pues bien, es sabido que a la postre los humanistas —científicamente mucho mejor preparados que los comentaristas, a los que siempre despreciaron— terminaron arrinconados por éstos, ya que con sus precisas investigaciones históricas habían terminado alejándose de la realidad y haciéndose inútiles para la práctica forense.

---

(14) W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19 Jahrhundert,* 1958, pág. 36. Ahora bien, por lo que a SAVIGNY personalmente se refiere, debe tenerse presente que, tal como se ha puesto de relieve no hace muchos años, para él el método histórico no fue exclusivo ni mucho menos. Junto al mismo, y con igual rango, se encuentra el método sistemático. Es más, ninguna oposición media entre ambos: se trata simplemente de dos puntos de vista diferentes: la historia contempla el derecho como un *werdendes Recht* (derecho en formación), como una serie de manifestaciones sucesivas, mientras que la sistemática le estudia como un *gewordenes Recht* (derecho ya formado), como manifestaciones contemporáneas. "El jurista —ha escrito este autor en *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,* 1814, pág. 31— precisa de dos sentidos: el histórico para comprender las características de cada época y de cada forma jurídica, y el sistemático para contemplar cada principio y cada concepto en sus relaciones con el todo".

En ésta se había demostrado insuperablemente eficaz el viejo *mos itallicus*, mientras que los humanistas, seguidores del *mos gallicus*, "trataban de llegar a conocer el derecho símplemente por conocerlo, por imperativo de verdad y sin mira alguna al valor práctico que pudiera aquél tener ... su influjo en la práctica del Derecho fue nulo (15).

Con todas estas observaciones queremos poner de relieve que al lanzarnos a la aventura de la determinación histórica de la naturaleza de los bienes comunales no lo hemos hecho con inconsciencia de los riesgos que entraña este método, ni para adornar la obra con unos fáciles antecedentes históricos de carácter erudito, ni mucho menos para escamotear su tratamiento jurídico; sino como consécuencia de una necesidad metodológica, por el convencimiento de que dogmáticamente era imposible salir del callejón sin salida en que se encontraba la doctrina en este punto, y del que creemos habernos liberado.

Confesamos, además, que los resultados obtenidos —dentro de su modestia— son bien satisfactorios. Una vez que hemos logrado dar con la clave histórica de la institución, ésta se ha hecho perfectamente inteligible, y el fundamento histórico nos ha resultado útil en todas y cada una de las páginas del libro, como guía insustituíble en las interpretaciones dudosas, que se han visto iluminadas bajo una nueva perspectiva.

5. En este libro se dedican unas páginas a recoger el estado actual de la investigación sobre bienes comunales en la época anterior a la Reconquista. Hasta aquí se trata de una sumaria labor informativa. La investigación propia empieza en la Edad Media porque, para nosotros, es aquí donde *en España* hay que buscar el origen de los bienes comunales.

Los primeros siglos de la Reconquista suponen la ocupación por las gentes del Norte de unos territorios abandonados

---

(15) KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, trad. esp. 1955, pág. 180. Cfr., en general, págs. 165-190.

y en su mayoría incultos, que tiene lugar conforme a dos principios: el señorial-feudal y el comunal. Curiosamente, la literatura se ha volcado hasta ahora primordialmente sobre el primer principio; pero, como es lógico, para nuestro tema va a tener más importancia el segundo.

De acuerdo con éste, la ocupación de los yermos se realiza en ocasiones comunalmente. El Rey o el señor —laico o eclesiástico— asignan unas tierras a una colectividad de vecinos. En este sentido, pues, originariamente todas las tierras de una agrupación de vecinos son comunales. Sobre ellas van poco a poco ejerciendo los vecinos sus derechos de presura y escalio, es decir, van realizando apropiaciones individuales de porciones de tierras comunes. Con el tiempo estas apropiaciones individuales, que constituían una excepción dentro de las tierras comunales, se generalizarán tanto que, invirtiéndose los términos, las tierras comunales serán una simple porción de tierras no sujetas a propiedad particular. Por lo demás, éste es ya el sistema ordinario de repoblación en la Baja Edad Media.

A nuestros efectos, más interesante aún que esta circunstancia fáctica es el problema de la imputación jurídica de los bienes comunales. Durante los primeros siglos de la Reconquista se atribuyen, como hemos de ver, a los "vecinos y moradores de un lugar, a los presentes y a los que han de venir", con otras palabras, a una mera agrupación social de vecinos. Pero hacia el siglo XIII se introduce una técnica jurídica romanista que niega personalidad a estas simples agrupaciones sociales, las considera incapaces de ser titular de derechos y obligaciones, y en su lugar coloca unas personas fictas a las que atribuye, sin más, las antiguas relaciones jurídicas del común de vecinos y, entre ellas sus bienes: así, el común de vecinos se ve suplantado por una *universitas*, por el Municipio.

Como es lógico, esta substitución no es inmediata. En los documentos medievales —sobre los que se basan las anterio-

res afirmaciones— vamos a ir viendo cómo sólo muy paulatinamente se va colocando, el Municipio, primero, junto al común de vecinos —los vecinos y el Concejo— hasta terminar desplazándole por completo —el Concejo sin los vecinos—.

Esta transformación jurídica había de acarrear graves consecuencias: por lo pronto los derechos de aprovechamiento de los vecinos van pasando a segundo plano y cada vez cobran mayor importancia los derechos del Concejo, que consigue abrogarse un título dominical en el sentido romano del término. No obstante, la circunstancia de que los bienes del Concejo (propios y comunes de los pueblos) pudieran utilizarse indistintante —si bien previa decisión del Concejo— para los fines individuales de los vecinos o para fines corporativos o privativos de la universitas, quitó importancia inmediata a esta cuestión, que sólo se puso al descubierto en todo su valor en el siglo XIX con ocasión de la desamortización, en los términos que quedan ya enunciados.

La esencia de los bienes comunales se nos pone así de manifiesto en las diferentes fases de su evolución histórica: primero son los bienes del común de vecinos, luego los bienes del Municipio, y, por último, determinados bienes municipales, los de aprovechamiento común.

6. Para determinar la naturaleza jurídica de estos bienes, hay que partir de la simple observación de que sobre los mismos concurren los derechos del Municipio, por un lado (en cuanto bienes municipales), y de los vecinos, por otro (en cuanto bienes de aprovechamiento común o vecinal).

Analizando separadamente estos elementos, resulta que los derechos de los vecinos son derechos reales administrativos de goce. Cada vecino tiene un derecho de este tipo y los derechos de cada uno de ellos se articulan con los derechos de los demás vecinos en una relación jurídica que puede considerarse como una comunidad de tipo germánico.

En cuanto al derecho del Municipio, es una relación dominical que se expresa en los términos prevenidos en el artículo 102 de la Ley de Régimen Local. Los derechos del Municipio se articulan, por último, con los derechos de los vecinos en forma de lo que la moderna técnica jurídica denomina titularidad jurídica compartida, que determina, a su vez, influencias recíprocas entre unos y otros derechos.

7. De esta manera quedan analizados lo que denominamos bienes comunales típicos, es decir, los que configura y regula la Ley de Régimen Local y Reglamentos complementarios. Pero estos bienes comunales típicos no agotan las posibilidades de comunalidad existentes. Habiendo afirmado que la esencia de la misma estriba en el aprovechamiento común (vecinal), es claro que pueden darse aprovechamientos comunes, no sobre bienes de propiedad del municipio, sino sobre otras clases. Así aparecen los que llamamos bienes comunales atípicos, a los que se dedican un extenso y pormenorizado estudio.

Especial interés tienen las llamadas Comunidades de Tierra (la titularidad dominical no corresponde a un municipio sino a varios de ellos, agrupados en una Comunidad con personalidad jurídica independiente), los montes vecinales (que en unos casos constituyen simples comunidades de tipo civil y en otros ofrecen la peculiaridad de que la agrupación de sus beneficiarios no coincide con la entidad político-administrativa) a los que tanta importancia se ha dedicado en la legislación forestal y en la Compilación de Derecho gallego, las comunidades vecinales (en las que los beneficiarios son vecinos de varios municipios o entidades locales menores, pero sin que haya surgido entre ellos una persona jurídica distinta), las servidumbres y comunidades a que hace referencia el código civil y las servidumbres de pastos ejercidas en comunidad sobre terrenos ajenos, cuya variedad más importantes está formado por lo que la legislación administrativa denomina aprovechamiento de pastos, hierbas y

rastrojeras, y que fue estudiada por nosotros en una publicación anterior (16).

8. Después de lo que antecede se estudian en este libro de una manera sistemática los distintos problemas jurídicos que aparecen en el ordenamiento vigente, e institucionalmente ordenados, sin que ahora sea el momento de entrar en particularidades.

9. La bibliografía española sobre los bienes comunales es notoriamente escasa. Auténtico valor solo tienen las obras de COSTA (17), FERNÁNDEZ DE VELASCO (18), FAIRÉN GUILLÉN (19), GUAITA (20) y GARRIDO FALLA (21) (22), pero bien sea por lo limitado del objeto de su estudio o por la propia limitación de sus perspectivas, distan mucho de servir para estudio general del tema. Esto ha supuesto para nosotros un incentivo, pero también una conciencia de la responsabilidad y del riesgo de aventurarnos a redactar un libro como el presente.

La literatura extranjera, en cambio, es muy rica. Casi podría decirse que excesivamente rica, pues en ella se corre el peligro de perderse en la erudición y el detalle. Sin MAURER y GIERKE, sin VENEZIAN, es imposible pretender penetrar en el fondo de los bienes comunales. Creemos haber conseguido manejar de primera mano, al menos, los autores

---

(16) *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras.* I y II, 1959.

(17) *Colectivismo agrario en España,* 1915.

(18) El trabajo citado en la nota 9.

(19) *La alera foral,* 1951.

(20) *Régimen jurídico-administrativo de los montes,* 2.ª ed., 1956.

(21) "Sobre los bienes comunales", en *Revista de estudios de la Vida Local,* núm. 125, 1963, págs. 673 y sigs.

(22) Naturalmente, esta enumeración dista mucho de ser exhaustiva. Hay, además de los Manuales y Tratados generales, monografías, artículos de revistas y hasta tesis doctrinales inéditas, que ofrecen positivo interés. Al texto de esta obra y al índice bibliográfico final nos remitimos. Si se citan especialmente estos autores, es debido a la importancia de su magisterio, que se refleja indefectiblemente en los autores posteriores y que, por tanto, nos sirven ahora de puntos de referencia.

imprescindibles. Ahora bien, no hay que olvidar el carácter instrumental y secundario que tiene la bibliografía extranjera en obras de este carácter. Es necesaria, en cuanto allí se encuentra planteada —y a veces resuelta— una serie de problemas y sugerencias que de otra manera no son abarcables; pero es insuficiente, por cuanto este planteamiento —con toda su riqueza— se queda indefectiblemente en pura e inútil erudición si no se vitaliza con el conocimiento de la realidad sociológica y jurídica española (23).

Especial mención debe hacerse de los autores clásicos del Derecho intermedio y de la jurisprudencia europea. Como es sabido, hasta bien entrada la Edad Moderna tenían los juristas, en líneas generales, una formación europea que hacía directamente aplicable en cualquier país su doctrina y, por lo mismo, las resoluciones de los Tribunales se invocaban indistintamente en otras naciones. La comunidad del idioma jurídico —el latín— facilitaba aun más estas relaciones (24). Como ha señalado WIEACKER (25), "esta práctica se condensó en una literatura cuyo programa y ámbito supera ampliamente la de los glosadores, y que sobrevive hasta dentro de la actual literatura jurídica. De los apuntes de los

(23) Dicho con otras palabras, bien conocidas, del profesor DE CASTRO: "El estudio del Derecho comparado de legislaciones extranjeras y forasteras doctrinas puede ser útil, es ajena experiencia aprovechable, pero puede ser causa de desviaciones perturbadoras y de servil seguir ajenas modas; del mismo modo que el conocer otras lenguas puede ensanchar el horizonte espiritual, pero puede también ser fuente de extranjerismo en vocablo y pensamiento. En un pueblo de fuerte vitalidad, uno y otro conocimiento no serán conducto pasivo para recibir ajenas influencias, sino instrumento para conocer mejor las propias características". (*Derecho civil de España,* I, 3.ª ed., 1955, pág. 152.)

(24) Por ejemplo, la edición que hemos manejado del *Tractatus de pascuis* del carrionés-vallisoletano FERNÁNDEZ DE OTERO está editada en Alemania y comentada por un autor italiano, el Conde BONDENO. Y un autor tan inclinado a lo germánico, como GIERKE, al tocar nuestro tema, cita más la jurisprudencia de los Tribunales romanos, napolitanos, españoles y portugueses que los de su propio país.

(25) *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna,* trad. española 1957, pág. 52.

dictaminadores sobre su propia práctica surgió repentinamente una literatura de *consilia*, cuya influencia desde el siglo XIV sólo es comparable con la de las actuales supremas resoluciones judiciales, si bien fue superior a la de éstas por su prestigio por toda Europa, y su género literario ha dominado la cultura jurídica europea del Derecho común hasta la época de las grandes codificaciones del mil ochocientos, y cuya cotidiana e insistente acción sobre la práctica europea nos la muestra una mirada a las citas de las sentencias doctas hasta aun dentro del siglo XVII". Y como precisamente en esta época tenían la mayor importancia los aprovechamientos comunales, que aún seguían siendo la espina dorsal de las economías rurales, no hemos vacilado en acudir, con las naturales cautelas, a esta clase de fuentes, que, sin embargo, fuera de las españolas, no nos ha sido posible manejar de primera mano.

10. La clave de este libro se encuentra, sin duda, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (y, en su caso, del Consejo de Estado funcionando como Tribunal de lo contencioso-administrativo). En contraste con la apuntada timidez doctrinal, el Tribunal Supremo ha tenido que afrontar durante más de un siglo innumerables problemas de bienes comunales, cuya resolución no admitía ni escapismos históricos ni generalidades dogmáticas. La mayor parte de los materiales de este libro proceden de esa inagotable cantera jurisprudencial, como puede comprobarse en el índice de resoluciones citadas y en el tratamiento que se las da en el texto. *Durante la época desamortizadora* el Tribunal Supremo adoptó una actitud tan enérgica en favor de los bienes comunales frente a los despojos que los particulares perpetraban (más o menos de acuerdo con la Administración), que no es exagerado afirmar que una buena parte de los bienes comunales hoy existentes han supervivido gracias a la protección que en su día encontraron en los Tribunales contra los intentos desamortizadores; y es lástima que no se haya acudido a ellos con más frecuencia. *Modernamente* se debe

también a la jurisprudencia el acierto de haber separado —con otra terminología, claro está— lo que nosotros llamamos bienes comunales típicos de los atípicos con todas sus importantes consecuencias, especialmente la aplicación de la legislación civil correspondiente.

También se ha consultado la doctrina moderna del Consejo de Estado, formada en torno al apartado cuarto del artículo 192 de la Ley de Régimen local, que exige la audiencia de este Alto Cuerpo consultivo. Y también la doctrina de la Dirección General de Registros, cuyas resoluciones, aunque escasas, han supuesto la definitiva iluminación dogmática de varios problemas. Por último, es de citar también la doctrina de la Audiencia Territorial (y antes Provincial) de La Coruña, cuya consulta es imprescindible para el conocimiento de los montes en mano común de los vecinos de Galicia.

Un manejo intenso con fines dogmáticos —no ya forenses— del enorme repertorio jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre bienes comunales, exige unas breves consideraciones metodológicas previas para tratar de fijar el valor concreto de esta *doctrina jurisprudencial.* Entre nosotros se usa y abusa de las citas jurisprudenciales con una falta de criterio sobre la que no es ocioso insistir. Porque —como ha observado PUIG BRUTAU (26) poniendo el dedo en la llaga— ¿es que pueden citarse las sentencias de nuestro Tribunal Supremo desligadas de los hechos, es decir, sólo por el sentido normativo que pueda desprenderse de la doctrina contenida en sus considerandos, con independencia de las circunstancias del caso que las ha provocado? Nuestros jueces y abogados saben muy bien que en los escritos judiciales se citan sentencias, en ocasiones, que no son pertinentes al caso debatido, debido a las circunstancias distintas del caso en que fueron dictadas. En el fondo, existe también entre nos-

(26) *La jurisprudencia como fuente de derecho,* 1950, pág. 211.

otros una técnica afín al *distinguishing* anglosajón (27), que estriba en afirmar que un precedente no es aplicable a un nuevo caso por presentar éste caracteres que lo diferencian del que dio lugar al precedente invocado. Por más que en nuestra práctica forense se manifieste la tendencia a citar la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo cómo si se tratara de afirmaciones equivalentes a preceptos complementarios de los contenidos en el Código civil, todos los juristas prácticos conocen sobradamente el partido que puede sacarse del examen de la cuestión de hecho que dio lugar a la jurisprudencia invocada, para poner de relieve las diferencias con el caso al que trata de aplicarse. Que no siempre sea así, es decir, que muchas veces la jurisprudencia tenga un indudable valor abstracto, a manera de una pura afirmación normativa, desligado de toda cuestión de hecho subyacente, es debido a que buena parte de la doctrina de tales sentencias ha de estar dedicada a esclarecer el sentido de las palabras empleadas por el legislador, con el resultado de que dicha aclaración no ha de depender naturalmente de las circunstancias de un solo caso concreto.

Por otro lado, el análisis del contenido íntegro de las sentencias —con sus Resultados y Considerandos— nos ha llevado a una novedad metodológica que se ha revelado extraordinariamente fructífera. Concretamente, de la jurisprudencia dictada durante la segunda mitad del siglo XIX nos hemos servido para estudiar, a través de sus resultandos, la realidad existente en España durante la época desamortizadora. Ante la imposibilidad de conocer de una manera directa los bienes comunales existentes, hemos acudido a la lectura de los antecedentes literalmente transcritos en las resoluciones publicadas en la Colección Legislativa, no para

(27) Cfr. sobre este punto, dentro de la bibliografía jurídico-administrativa, NIETO, "El recurso de revisión previsto en el apartado *b)* del número 1 del artículo 102 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Revista de Administración Pública*, núm. 41, 1963, en especial págs. 35-38.

establecer un sistema de casos, sino para conocer la realidad que allí se expresa en los Vistos, los Resultados y la documentación reproducida. No vamos ahora a hacer un elogio de las consecuencias del empleo sistemático de este método; de ello podrá juzgarse a lo largo de esta obra.

11. Al planear este libro y durante su redacción hemos tenido siempre presentes las palabras de un autor alemán, bien conocido en España, al publicar la mejor de sus obras: *El presente trabajo no es ni un comentario ni una serie de disertaciones monográficas sobre temas particulares, sino el intento de un sistema* (28).

12. Gracias a una ayuda generosa de la Comisaría General de Protección Escolar y Asistencia Social ha sido posible la terminación de este libro, durante tanto tiempo planeado, y cuya sistemática coronará en un "Derecho de Montes" de próxima publicación.

El Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA —*dominus et magister noster*, como durante tantos siglos han dicho los estudiantes y citado los juristas— ha leído y releído el manuscrito y estimulado diariamente al autor hasta su terminación.

---

(28) CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, ed. 1957, pág. IX.

CAPITULO PRIMERO

EL ORIGEN DE LOS BIENES COMUNALES

I.—La perdida Edad de Oro y las fases posteriores de la evolución económica.

II.—La propiedad comarcana como origen concreto de los bienes comunales modernos.

III.—Pretendido origen señorial.

IV.—La propiedad consorcial.

V.—Posiciones sincréticas.

VI.—La realidad española.

I.—LA PERDIDA EDAD DE ORO Y LAS FASES POSTERIORES DE LA EVOLUCION ECONOMICA

Desde muy antiguo se viene atribuyendo a los comunales un origen fabuloso que se corresponde con la edad dorada o los siglos de oro de un tiempo paradisíaco, ya perdido. La idea procede del mundo clásico, donde fue desarrollada, o al menos aludida, por PLATÓN y VIRGILIO, a quienes citan indefectiblemente los autores posteriores (1). En España se recoge esta tesis en la Edad Moderna, y a partir del siglo XV es ya un lugar común en la literatura (2) y en las obras políticas:

> "Vivían entonces los hombres tranquilamente y sin ningún grave cuidado; contentos, pues, con poco; apagaban el hambre con la leche de sus ganados y los frutos que daban de sí los árboles silvestres; la sed con el agua de sus arroyos y las demás

---

(1) A. W. ASHBY ha recordado recientemente este origen clásico de las teorias comunitarias: "Autores romanos, como Cicerón y Séneca, han afirmado... que en el estado de naturaleza no existe la propiedad privada, ya que cuantos bienes existen son comunes y se hallan al alcance de todos para la satisfacción de sus necesidades. Autores posteriores, como San Ambrosio, apoyaron este criterio, dando a entender que la propiedad privada de la tierra era contraria a la naturaleza, ya que pertenecía a todos los hombres en común". (*Las tierras de dominio público*, FAO, Roma, 1956, pág. 4). "Sócrates y Platón, según refiere Aristóteles en su *Política*, fueron de la opinión de ser mucho más conveniente la posesión en común dentro del Estado, no sólo de los bienes, sino también de las mujeres... Basábanse en que de este modo la República sería más una, sin desemejanzas, siendo mayor entre los ciudadanos la caridad y el amor". "El Papa Clemente dice que debió ser común a todos los hombres el uso de las cosas de este mundo; más que, por su iniquidad, los hombres se apropiaron de las cosas, y éste fue el modo de hacerse la división entre los mortales." (LUIS DE MOLINA, *De iusticia et iure*, Disputatio XX, traducción de FRAGA IRIBARNE, Madrid, 1941).

(2) Recuérdese la cita de CERVANTES que sirve de lema a esta obra.

corrientes. Defendíanse con la piel de los animales contra el calor y el frío, se entregaban dulcemente al sueño bajo la sombra de frondosos árboles, preparaban agrestes convites, jugaban cada cual con sus iguales. No había entre ellos el fraude ni la mentira, no había entre ellos poderosos, cuyos umbrales conviniese saludar ni cuyas opiniones seguir para adularles, no había nunca cuestiones de términos, no había guerras que fuesen a perturbar el curso de su tranquila vida. La insaciable y sórdida avaricia no había aún interceptado y acaparado para sí los beneficios de la naturaleza; antes como dice el poeta:

Mallebant tenui contenti vivere cultu: ne signare quidem,
aut partiri limite campus fas erat,

bienes con los que hubieran podido igualar en felicidad y convidar hasta a los que habitan en el cielo" (3).

Pero no son sólo los literatos y los políticos quienes recuerdan la perdida Edad de Oro, también los economistas y sociólogos de los siglos XVI y XVII manejan indefectiblemente este argumento al predicar contra el pauperismo y las desigualdades de riqueza, que tanto contrastaban con la igualdad de los tiempos pasados. No menos de doscientas páginas dedica COSTA al estudio de las ideas colectivistas de los clásicos españoles, y a la erudición de este meritorio trabajo nos remitimos (4).

Su recuerdo, sin embargo, es importante, ya que en el siglo XVIII habían sido olvidadas casi por completo, hasta el punto de que cuando ROUSSEAU (5) reprodujo la cuestión en términos similares, su tesis fue considerada original y revolucionaria, y es a él y a los autores franceses posteriores a

---

(3) P. MARIANA, *Del Rey y de la Institución Real,* Ed. Publicaciones Españolas, Madrid, 1961, T. I., págs. 49-50.

(4) *Colectivismo agrario en España,* Ed. 1915, Parte I: Doctrinas.

(5) *Le premier qui ayant enclos un terrain s'avisa de dire: Ceci est a moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. (Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes,* 1754, 2.ª parte. Cfr. la Edición de Classiques Garnier, 1960, pág. 66). Cfr. también el pensamiento de PASCAL: "Este perro es mío, dicen esos pobres niños; este es mi sitio al sol; este es el comienzo y la imagen de la usurpación de toda la tierra" (*Pensées,* 1.ª parte, art. IX, 53).

los que se cita en las polémicas, más o menos interesadas, que luego tuvieron lugar en España. Sin que ésto signifique regatear los méritos de la clásica formulación rousseauniana, conviene tener presente, sin embargo, los claros antecedentes de la misma.

Así, el P. ALONSO DE CASTRILLO, fraile trinitario, que en 1521 escribía:

> "Y en la verdad, por natura todas las cosas son comunes, y ningunas particulares; salvo, como arriba contamos, todo el mundo, contra la orden de natura, fué partido en personas particulares: parte, en aquellos que antiguamente ocuparon algunas possessiones, siendo primero vazias de algún señor, parte, en otros, por ley o por condición o por suerte". "Assí como la natura a todos nos crió libres, así la natura a todos nos hizo yguales en la possessión del mundo, lo cual MARCO TULIO nos enseña diciendo: *Sunt autem privata natura nulla, sed aut veteri ocupatione, aut qui quondam in vacua venerunt, aut lege, aut pactione, condictione, sorte...* y desde allí en adelante comenzó a ser de uno lo que antes por natura fuera de muchos" (6).

La misma idea expone por los mismos años Juan Luis VIVES, adobada también con citas clásicas:

> "Decía el filósofo PLATÓN que serían felices las repúblicas si se quitaran de entre los hombres aquellas dos palabras *mío* y *tuyo,* porque ¿cuántas tragedias no provocan entre nosotros? Por ley natural, todo es de todos: no hay hombre que posea cosa que con razón pueda llamar suya. Cuantas cosas produce la naturaleza —o dicho con otros términos, Dios— hierbas, raíces, frutos, mieses, ganados, peces, pieles y lanas, maderas, metales, perros, caballos y demás ... expúsolas en esta gran casa del orbe, sin cerrarlas con puerta ni vallado, para que fuesen comunes a todos los que engendró". Pasada la época primitiva de la sociedad, en que reinaba la comunidad de bienes, "practicóse una división de los campos contiguos a cada ciudad entre los ciudadanos, como era de razón; trazando a cada uno sus límites, que fueron consagrados por el rigor de las leyes" (7).

---

(6) *Tractado de republica, con otras historias y antigüedades,* cap. 29, 6.

(7) *De subventione pauperum sive de humanis necessitatibus,* 1526. Cita y traducción en COSTA, *Colectivismo...,* citado, págs. 33-36.

Para DOMINGO DE SOTO es obvio también el primitivo estado comunitario del mundo y las reparticiones posteriores del mismo; pero aquí las citas provienen del arsenal de los Padres de la Iglesia, especialmente de SAN AMBROSIO:

> "Parésceme que sabiamente consideraban estos santos doctores cómo Dios había criado todos los bienes del mundo en común para el linage humano; y por ende, quando los primeros hombres los distribuyeron entre sí, siempre se quedaron obligados a la ley divina, para que el uso de ellos en tiempo de necesidad a todos fuesse común" (8).

Entre los siglos XVI y XVII escribe Pedro de VALENCIA un ensayo *Sobre el acrecentamiento de la labor de la tierra.* En él se insiste en la línea que viene señalándose, puesto que como resume VIÑAS Y MEY (9), se parte "de los supuestos teológicos y sociológicos entonces vigentes sobre la primitiva comunidad de bienes, la función de la tierra creada por Dios como propiedad común para todos los hombres, la introducción de la propiedad privada por mero derecho humano y de que teóricamente el único titular de la propiedad de la tierra es el Estado, y aquélla está al servicio de la comunidad".

Un profundo estudio teológico e histórico del problema de la propiedad individual se encuentra en la Disputatio XX de *Los seis libros de la justicia y el Derecho* (1593) de Luis de MOLINA. Al Padre jesuita interesa primordialmente la

---

(8) *Deliberación en la causa de los pobres*, 1545, cita en COSTA, *Colectivismo agrario...*, cit., págs. 38-39.

(9) En la Introducción (pág. 17) a *Pedro de Valencia. Escritos sociales*, en la "Biblioteca de Clásicos Españoles", Madrid, 1945. El trabajo citado en el texto se transcribe en las págs. 47-83, y en él ciertamente no se hacen afirmaciones rotundas de tipo colectivista-evolutivo. Por eso, VIÑAS Y MEY advierte prudentemente que las da por supuestas. COSTA, que se ocupa de este autor en las págs. 77-84 de su *Colectivismo agrario*, afirma que, según él, "en la infancia de la humanidad las tierras labrantías eran propiedad común de todos los hombres y que para hacer más cómoda su labor fueron repartidas entre ellos, pero no en pleno dominio, sino en enfiteusis y con la condición de que cultivaran el respectivo lote, y de que lo cultivaran bien, debiendo caer en comiso en caso contrario". Cfr. también SERRANO SANZ, *Pedro de Valencia: Estudio biográfico y crítico*, Badajoz, 1910.

perspectiva teológica, que por su época había cobrado una candente actualidad en razón a que las nostalgias comunitarias, a que acabamos de aludir, se habían procurado una base teológica, al afirmar que era de Derecho divino —y por tanto fuera del alcance del derecho de los hombres— la propiedad comunal de las cosas.

Esta tesis, junto con la miseria social reinante y con el desmesurado progreso de la organización comunitaria —considerada como ideal— dentro de las órdenes religiosas (9 bis), había producido un indudable impacto en el acendrado sentimiento religioso del siglo, que MOLINA se esforzó en tranquilizar sosteniendo, con gran lujo de sutilezas, las siguientes proposiciones: 1) Que así como en el estado de inocencia era conveniente y útil la posesión en común de las cosas, así también, en el estado de naturaleza caída, y multiplicados los hombres por todo el mundo, es muy conveniente y aún necesario, que las cosas estén divididas. 2) La división de las cosas no es de Derecho natural ni de Derecho divino positivo, pero fue lícitamente introducida por el Derecho humano de gentes. 3) A alguna congregación particular de hombres, puede serle más conveniente la posesión en común de las cosas que su división y apropiación, aun después del pecado original. 4) Los bienes temporales deben ser, sin embargo, comunes a todos, en cuanto al uso, en tiempo de extrema o casi extrema necesidad.

En un orden puramente histórico, según MOLINA, la división de las cosas ha podido hacerse legítimamente de las siguientes maneras:

> "Primero, por el poder paterno, ya de nuestro primer padre antes del diluvio, ya de Noé después del diluvio; y mi opinión es que así debió ser históricamente ... En segundo lugar, pudo hacerse la división de las cosas al multiplicarse los hombres, y elegir éstos un Príncipe común, que, mediante su autoridad, dividiera los bienes hasta entonces comunes. En tercer lugar,

(9 bis) Para un estudio de la propiedad comunal en las comunidades religiosas. Cfr. ALTAMIRA, *Historia de la propiedad comunal*, 1890, págs. 219-224.

pudo hacerse por el consentimiento común de los hombres, del mismo modo que se nos dice en el Génesis, 13, que surgida una riña entre los pastores de Abraham y Lot, aquél rogó a éste que eligiese la derecha o la izquierda" (10).

Con absoluta independencia de todos estos autores, a partir del siglo XVI, y como inesperada consecuencia de las conquistas ultramarinas, había de surgir una nueva corriente propugnadora de un régimen comunal de bienes. Como es sabido, los conquistadores españoles encontraron en el Perú un peculiar sistema agrario, esencialmente comunitario (11), que si bien fue en general incomprendido, al menos llegó a ser cuidadosamente registrado por los cronistas y funcionarios, y andando el tiempo, debidamente idealizado, se defendió en España con fines económicos y completamente al margen de las corrientes que se vienen enumerando. COSTA recuerda a este respecto los nombres de POLO DE ONDEGARDO, P. José de ACOSTA (12) y Francisco MURCIA DE LA LLANA. A ellos debe añadirse, entre otros, el de Juan MATIENZO, cuyo testimonio nos prueba las peculiaridades que

---

(10) Según la traducción y edición citada de FRAGA, págs. 347-359.

(11) Cfr., modernamente, LOUIS BAUDIN, *Der sozialistische Staat der Inka*, Rowohlt, Hamburgo, 1956, especialmente págs. 34 y sigs., (hay edición francesa, *Les incas*. París, 1964, Editorial Sirey) quien subraya las analogías de este sistema con el de la marca germánica, la zadruga yugoeslava y el mir ruso, y afirma que Francia ha seguido en Marruecos una política agraria similar. Según COSTA (*Colectivismo agrario*, cit., págs. 66 y sigs.), el régimen colectivista peruano se caracteriza por las siguientes notas: 1. La mayor parte de las tierras se distribuía al pueblo todos los años, por familias, en proporción al número de individuos de que éstas se componían: el fruto cosechado por cada uno cedía en su exclusivo provecho; pero tenían obligación de ayudarse unos a otros en el trabajo. 2. En cuenta de tributos, labraban de mancomún las restantes tierras, vinculadas al culto, al rey y al respectivo cacique o corregidor; pero aunque toda la comunidad iba junta a ejecutar las labores no dejaban de individualizar el trabajo, asignado a cada hogar una parte igual para que ninguno echara la carga sobre los demás. 3. El ganado formaba rebaños comunes, cuyo producto se repartía por las mismas reglas de proporción que las tierras.

(12) *Historia natural y moral de las Indias, Sevilla*, 1590, lib. VI, cap. 15, pág. 424.

por influencia del sistema incaico impusieron en el Perú los colonizadores en el régimen ordinario comunal indiano (13).

Aun puede señalarse otra tendencia —histórico-erudita— que insiste en esta misma posición. Su más ilustre representante es CASTILLO DE BOBADILLA (14). La fantástica erudición de este autor reduce la historia a un esquema sencillísimo en el que se barajan datos reales y fabulosos sin el menor criterio, de la misma manera que los pintores de la época representaban las batallas clásicas y la vida de Cristo entre una arquitectura barroca. Según ésto, los hombres vivieron una primera época disfrutando de los bienes en común y hasta en soledad. Reducidos por Caín a la vida ciudadana, PLATÓN y ARISTÓTELES dieron reglas para su organización. ARISTÓTELES propugnó la propiedad particular tanto de los ciudadanos como de los Municipios y el Estado: éste es el sistema más perfecto y fue seguido por Roma. PLATÓN, en cambio,

> quiso inventar otro modo de gobernar la República, que consiste en que los hombres no tuviesen propiedad, ni mío ni tuyo, sino que todas las cosas fuesen comunes, como fué así opinión de SÓCRATES, y otros Filósofos: *lo cual por barbarismo se usó así entre gente del Norte* (15): y parecióle, que esto convenía,

---

(13) *Gobierno del Perú*, obra escrita en el siglo XVI por el Licenciado JUAN MATIENZO, Buenos Aires, 1910. De la transcripción de OTS CAPDEQUI, "Apuntes para la historia del municipio hispanoamericano del período colonial", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, I, 1924, son de recordar las disposiciones del capítulo XV (pág. 143): "Tierras que el visitador ha de señalar a los indios; 5. Iten, que dexe una buena chácara para la comunidad, para las necesidades que en común les ocurrieren a los indios, y que éstas tengan su topo o medida. 8. Iten, que se procure que los indios tengan de comunidad ganado vacuno para arar las tierras, y tengan rejas de hierro y aderezos para ello de comunidad, para prestarlo a los pobres. 13. De orden cómo las papas, chumo o mayz que se cogiere para el común, lo que sobrase, proveydo el hospital y pobres, se venda y beneficie, de lo cual ha de tener cuenta el corregidor español o protector que entre los indios estuviere". Cfr. modernamente sobre este autor y su obra, J. ATIENZA, "Juristas indianos", El licenciado Matienzo", "Oidor de la Audiencia de Charcas y su Gobierno del Perú", en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núms. 8, 9, 10 y 11, 1942, págs. 261 y ss.

(14) En *Política para Corregidores*, Parte I, cap. 1.º. Se cita conforme a la moderna edición madrileña de 1775.

(15) Ob. cit., pág. 9. El subrayado es mío, y le considero intere-

por evitar las lites y contiendas, y guerras, y codicias y ambiciones, que tenían origen de la apropiación de las cosas; porque, como dice TULIO, dulcísima es la posesión común de las cosas: y el Filósofo afirma, que los hombres vivirían quiétisimamente en este mundo, si se quitaran dos palabras; es a saber: *mío* y *tuyo*.

Este sistema, mucho menos perfecto, fue seguido por algunos pueblos bárbaros (16) y por la Iglesia de Cristo en los primeros tiempos (17).

Durante el siglo XVIII había de ceder un tanto esta actitud intelectual debido probablemente al severo pragmatismo que alentaba a los reformadores agrarios de la época; pero reapareció de nuevo en la explosión liberal del siglo XIX, dogmática por tantos conceptos, en la que a los elementos tradicionales, que ya conocemos, había de unirse y de una manera decisiva la influencia filosófica rousseauniana. Un excelente ejemplo constituye el discurso pronunciado por el Diputado GÓMEZ FERNÁNDEZ en las Cortes de Cádiz el día 15 de abril de 1812, que en lo que aquí interesa, decía así:

---

santísimo. Para CASTILLO DE BOBADILLA la edad primitiva no es una edad de oro, sino salvaje y *bárbara*. Esencial es la distinción que se hace entre la cultura latina y la de las gentes del Norte, en orden al régimen de propiedad. MOESER se limitó a invertir la proposición en ciento ochenta grados, volviendo al mito de la edad de oro, que quedaría localizado, ya para siempre, entre los primitivos germanos.

(16) El autor no insiste en el germanismo del régimen comunal de bienes, sino en su barbarismo: es el propio de los bracnos, masagetas y hasta de los lacedemonios; pero "aunque se diga que a aquellos bárbaros todo les era común, con todo eso tenía cada uno por sí la copa, y el cuchillo, y consiguientemente, los hábitos y los vestidos" (ibidem, pág. 12). Históricamente, como es sabido, bárbaro fue el no latino, pero el cristianismo deformó esta idea identificando al *barbarus* con el *non christianus* (DE MATTEI, "Sul concetto di barbaro e barbarie nel Medio Evo", en *Studi Besta*, IV 1939, págs. 483 y ss. No obstante, KOSCHAKER (*Europa y el Derecho romano*, trad. esp. 1955, pág. 170): "el bárbaro tipo es el alemán y con tal tipicidad aparece éste a los pueblos románicos".

(17) "No contradice a la orden de la dicha República la forma, y orden que nuestro Redentor dio a sus discípulos, y dexó en la primitiva Iglesia, de no tener bienes propios: porque aquello fue necesario, o más bueno para quitar a los perfectos de los embarazos de las temporalidades, y por aliviarlos, para que siguiesen la presa del espíritu, y dexaxen el mantenimiento del cuerpo al cuidado de los seglares" (ibidem, pág. 11).

"Para persuadirse de esta verdad basta reflexionar que en el principio todas las cosas fueron comunes ... y que la división de ellas, de terrenos y de términos, dimanó y tuvo origen de la corrupción de la naturaleza por el pecado: en su consecuencia, la propiedad individual y las palabras de tuyo y mío, de las cuales dijo el filósofo que si se quitaran del mundo, los hombres vivirían quietos y pacíficos en él, porque sin ellas no habría pleitos ni guerras..."

Bien entendido que con estas palabras no se estaba haciendo una apología de un comunismo utópico. Como es lógico, cuando aquí hablamos de comunidad nos estamos refiriendo, como se referían los autores citados, a una forma concreta de propiedad o de un aprovechamiento de bienes: a la comunidad de terrenos rústicos.

En todo caso la respuesta del CONDE DE TORENO en la sesión del día 18 del mismo mes, nos demuestra un sentido crítico que ya no se dejaba seducir por las citas poéticas de los autores clásicos:

"Anunció también el mismo señor preopinante que en quitar y desterrar del mundo las dos expresiones de mío y tuyo consistía la felicidad pública. Pero este principio, santo, bueno y bellísimo, pintado por los poetas, económicamente hablando se podría demostrar que si fuera posible que hubiera existido este siglo de oro tan decantado, hubiera sido el siglo de la pobreza y de la miseria. Cita asimismo en apoyo de sus ideas, varias obras, pero no con la mayor oportunidad: HERRERA y alguno de los otros autores españoles de que hizo mención jamás consideraron esta materia como nosotros; sólo hablaron de ella como agricultores, no como político-economistas. El Marqués de MIRABEAU, en su *Amigo de los pobres,* tampoco trató de este asunto y aunque lo hubiera tratado, todos sabemos que en sus principios económicos cometió mil errores, como que pertenecía a aquella especie de política conocida con el nombre de economistas, en la cual, aunque había hombres sabios, llenos de los mejores deseos, estaban muy lejos de haber descubierto y adoptado los buenos y sabios principios de la economía pública".

El viejo recuerdo de la Edad de Oro perdida había de encontrar, sin embargo, en el siglo XIX sus más ardientes de-

fensores, quizás porque resultaba congruente con el sentido de la historia del romanticismo. Formulada de una manera rigurosamente científica, con el estilo característico de la época, alcanzaría con la obra de LAVELEYE, *Essai sur la propieté et ses formes primitives*, 1874, una enorme difusión en toda Europa. Concretamente, todos los historiadores españoles de fines de siglo —PÉREZ PUJOL, AZCÁRATE, UREÑA, ALTAMIRA— se inspiran directamente en el citado autor francés (18).

Conforme a esta teoría, los pueblos han ido pasando por diversas etapas económicas, cronológicamente sucesivas, siendo en la primera colectivos tanto el aprovechamiento como la propiedad de las tierras. Posteriormente se pasó al aprovechamiento individual, si bien manteniéndose la propiedad comunal. Y sólo en la época moderna, en tiempos relativamente recientes, ha aparecido la propiedad individual. Como puede apreciarse, esta teoría nada tiene de original, sino en su ropaje científico.

Pero la entusiástica admiración por la obra de LAVELEYE hubo de ceder paso a la crítica histórica, que sistemáticamente fue desmontando la tesis dominante, hasta comprobar que los aislados fenómenos actuales de propiedad colectiva —*mir*, *zadruga*, derrotas— no constituyen vestigios paleontológicos supervivientes por milagro de una época pasada de colectivismo general (tal era la tesis de la escuela), sino que tienen

(18) La renovación que se produce en la segunda mitad del siglo no es puramente histórico-científica, sino que llegó a constituir una auténtica *Weltanschauung*, de gran influencia política y social (piénsese en lo que significa en España la figura de COSTA). Las consecuencias legislativas no se hicieron tampoco esperar: por lo pronto, desaparecida su base ideológica y su justificación económica, se extinguió el proceso de la desamortización, y con el tiempo se pasaría a la ofensiva: en la reforma agraria republicana —como tendremos ocasión de ver— hay un ilusionado, y un tanto romántico, esfuerzo por reconstruir los patrimonios municipales y comunales, tan concienzudamente destruidos años antes. En Italia —donde la renovación ideológica no fue menos fuerte, contando con paladines de la talla de SCHUPFER y VENEZIAN— se expresaron las nuevas tendencias en la ley de 24 de junio de 1888, que frena el proceso, justamente ya secular, de liquidación de *usi civici*, para introducir, con explícita invocación del pasado, una nueva propiedad colectiva.

un origen concreto, perfectamente identificable y compatible desde su nacimiento con la propiedad individual (19).

Por otro lado, las modernas investigaciones sobre la más antigua propiedad romana, han comprobado la existencia de una propiedad colectiva, cierto, pero no de carácter público, sino privado, en cuanto su titular es la *gens*, y que coexiste, además, con una propiedad rigurosamente privada (20).

II.—LA PROPIEDAD COMARCANA COMO ORIGEN CONCRETO DE LOS BIENES COMUNALES MODERNOS

Dejando aparte estas teorías sobre la primitiva propiedad común genérica, la explicación científica más antigua del origen concreto de los bienes comunales modernos, se encuentra animada del mismo espíritu que la teoría evolucionista a que se ha aludido en el epígrafe anterior, ya que los considera restos de una antigua propiedad comarcana *(Markgenossenschaftseigentum)*.

(19) La primera reacción en contra de la tesis de LAVELEYE aparece bien pronto en Francia (FUSTEL DE COULANGES, "Observation sur une ouvrage de M. E. de LAVELEYE sur la propieté colective du sol en divers pays", en *Seances et traveaux de l'Academie des sciences morales et politiques*, 1886, y BLONDEL, "Note sur les origines de la propieté", en *Melanges Appleton*, 1903), pero no encuentra un eco importante. La crítica definitiva se debe a G. VON BELOW, "Das kurze Leben einer viel genannten Theorie. Ueber die Lehre vom Ureigentum", en *Probleme der Wirtschaftsgeschichte*, 1920. En España se reflejan las primeras dudas en J. M. ZUMALACÁRREGUI, *Ensayo sobre el origen y desarrollo de la propiedad comunal en España hasta el final de la Edad Media*, 1903. Un resumen bibliográfico sobre las teorías de las fases de evolución económica puede verse en TORRES, *Lecciones de Historia del Derecho español*, 2.ª ed., I, 1935, págs. 166-167. Literatura moderna sobre los orígenes de la propiedad y su desenvolvimiento histórico: GONNARD, *La propieté dans la doctrine et dans l'histoire*, 1943; LEBRET, MARMY, GERLAUD, MACQUERON, AUBENAS, DAUVILLIER y MURAT, *Propieté et communauté*, 1944; JANSSE, *La propieté et le regime des biens dans les civilisations occidentales*, 1952.

(20) Véase, por todos, KASER, *Eigentum und Besitz im aelteren roemischen Recht*, 2.ª ed., 1956, en especial págs. 230 y sigs.

No conviene, sin embargo, identificar ambas teorías: la escuela de LAVELEYE tiene un característico sabor romántico-sociológico, ajeno a esta otra que pretende ser rigurosamente histórica y abarca un período de tiempo mucho más reducido: aquí no se trata de elucubraciones y conjeturas, sino del análisis concreto de la evolución —multisecular pero perfectamente determinada— de una institución, la Marca germánica, desde sus orígenes históricos, que nos son perfectamente conocidos, hasta que vino a convertirse en los bienes comunales modernos *(Allmende)*. Esta tesis se apoya en documentos y testimonios históricos, y no en especulaciones, formuladas más o menos científicamente. En este sentido el alcance de la misma es mucho más reducido que el de la anterior: no se refiere ya a la propiedad en general ni pretende poseer el secreto de la evolución de la humanidad, sino que se limita a exponer la evolución de una parte de la propiedad —la propiedad comarcana de origen germánico— hasta que alcanza sus formas actuales.

Por otro lado, su localización geográfica y cultural también es muy distinta: procede de Alemania, de los primeros historiadores románticos germanos, que en un principio refirieron su alcance a sus propias instituciones. No obstante, lo sugestivo de la tesis, hizo que se extendiera por toda Europa, aunque fuese a costa de germanizar todas las formas primitivas de propiedad colectiva. En este sentido, la tesis de LAVELEYE no significaría, pues, otra cosa que una generalización de esta otra desde el campo de la propiedad comarcana al de la propiedad en general, y de Alemania al mundo entero, dotándola además, de un contenido sociológico que transciende con mucho a la historia en su sentido propio.

Ambas tesis tienen, pues, en común la afirmación de la existencia de una propiedad colectiva originaria de la que, después de haberse desarrollado durante muchos siglos en forma de asociación comarcana (21), aún se conservan restos que hoy llamamos bienes comunales.

---

(21) Algunos autores, como DOPSCH, han negado que a la aso-

Fue MOESER el primer autor que desenvolvió esta teoría con carácter científico, y no puede negarse que la época de su aparición —finales del siglo XVIII— hubo de influir notablemente en su concepción. Intereses políticos y patrióticos del momento habían de dar calor a una doctrina de exacerbado idealismo que describía a los antiguos germanos como individuos equitativos y perfectamente democráticos, y que permitía afirmar que ya desde los antiguos tiempos la raza germánica no había carecido de instituciones peculiares. Todo esto explica la calurosa acogida que tuvieron durante tanto tiempo en Alemania éstas ideas y las dificultades de la reacción contraria cuando los análisis históricos fueron demostrando palmariamente la fragilidad de una doctrina que a partir de BRUNNER había alcanzado la categoría de dogma (22).

El verdadero alcance de esta teoría, en lo que significa de definitiva aportación para la ciencia moderna —al margen de toda polémica exaltada, superada ya hace tiempo— se encuentra en el análisis estructural de la marca primitiva, tal como nos la ha descrito GIERKE (23). En su fase de apogeo —antes de que se inicie la disolución provocada por factores políticos y jurídicos, de que nos ocuparemos más adelante— la marca está formada por tres elementos materiales, situa-

ciación comarcana precediese esa otra fase de propiedad colectiva absoluta, auténtico comunismo agrario, afirmando que el colectivismo de marca surge en tiempos mucho más recientes, concretamente en la Edad Media, como consecuencia de la penetración de los señoríos inmobiliarios en los bosques primitivos. Cfr. PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, trad. esp., 1957, pág. 70, quien rechaza expresamente esta postura, invocando la Ley Sálica, muy anterior al momento señalado por DOPSCH, en la que se confirma reiteradamente la existencia de la asociación comarcana.

(22) NIETO, *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, I, 1959, pág. 54. Sobre los azares de esta teoría y su crítica, cfr. BENEYTO, "Notas sobre el origen de los usos comunales", en *Anuario de Historia del Derecho español*, IX, 1932, págs. 33-49 (trabajo recogido posteriormente en lo fundamental en *Estudios sobre la historia del régimen agrario*, 1941), donde se ponen, además, de relieve los factores políticos y sociales que contribuyen a la buena acogida de esta doctrina, y los esfuerzos realizados, sin demasiado éxito, para encajarla en áreas no germanizadas, especialmente en Italia.

(23) *Deutsches Privatrecht*, t. 1, 1895-1936, págs. 578 y sigs.

dos como círculos concéntricos en torno a la economía personal de cada vecino:

a) La vivienda con sus aledaños rústicos, que es de la exclusiva y rigurosa propiedad del comarcano.

b) Los campos cultivados, que también le pertenecen, pero no ya con una titularidad dominical absoluta, puesto que la circunstancia de encontrarse en una marca determinada condicionan su explotación con una serie de limitaciones, resultantes del vínculo corporativo de vecindad que une a todos los comarcanos, y que tiende a mantener el equilibrio económico y político de toda la marca (24).

c) La *Allmende*, o campos comunales propiamente dichos: bosques, prados y aguas, con sus caminos y accesorios, cuyos derechos de aprovechamiento no han sido repartidos. La *Allmende* está al servicio tanto de las necesidades de la comunidad en cuanto a tal (por ejemplo, provisión de madera y piedra para la construcción de la Iglesia o del Ayuntamiento) como de las de los individuos de la comunidad en cuanto tales (maderas para las casas, leña para los hogares, forrajes para los ganados de cada vecino). Mientras la extensión y riqueza de la *Allmende* lo soporta, los derechos de los comarcanos sobre ella son amplísimos y no encuentran, fundamentalmente, más que dos limitaciones: una, que se han de mantener dentro de las necesidades de cada vecino; otra, la sumisión a las normas que determine la comunidad (25).

(24) Así, por ejemplo, se limita el derecho de enajenar a forasteros (extraño, el de fuera), con objeto de que no vengan desconocidos a perturbar la paz de la aldea, o disminuir los aprovechamientos comunales. O se limita el derecho a un libre cultivo, con objeto de coordinar las faenas de recolección y evitar así la constitución de servidumbres de paso. Una descripción detallada de esta zona puede verse en MAURER, *Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland*, I, 1865-1961, págs. 33-40.

(25) Este esquema se recibe en España a través de DÍEZ-CANSECO ("Sobre los Fueros del Valle de Ferrar, Castrocalbón y Pajares" en *Anuario de Historia del Derecho Español*, I, 1924), quien señala la existencia de un casco de población con sus huertos, las tierras de cultivo y los prados de posesión individual o familiar en torno de él, y los exitus de común aprovechamiento.

Pues bien, según esta corriente científica, tal propiedad comarcana, y más concretamente este último círculo de la *Allmende*, sería el origen inmediato de los modernos bienes comunales; pero en la actualidad, y sin perjuicio de reconocer la existencia de un hilo que relaciona directamente *en algunos casos* determinadas *Allmendes* con la antigua propiedad comarcana, los historiadores modernos han abandonado por completo esta tesis, en cuanto pretendía dar una explicación *única y exclusiva* del origen de los actuales bienes comunales (26).

III. PRETENDIDO ORIGEN SEÑORIAL

Uno de los autores que más decisivamente había contribuido a desacreditar la tesis germánica, FUSTEL DE COULANGES, sentó las bases modernas de una nueva doctrina (27), que parecía responder mejor a la realidad de los países latinos, entre los que encontró inmediata aceptación. Según esto, el origen de los bienes y usos comunales se encuentra en las concesiones señoriales a los vecinos del lugar: el señor es, en principio, el dueño de los bosques y de los prados; pero para atraer pobladores a sus territorios, autoriza graciosamente a los vecinos que realicen determinados aprovechamientos en los mismos (28). Esta tesis francesa, fusteliana, no ha co-

---

(26) OURLIAC y MALAFOSSE (*Droit romain et ancien droit*, II, *Les biens*, 1961, págs. 117 y sigs.), para desentrañar la naturaleza de la primitiva marca germánica manejan una curiosa clave comparativa con las emigraciones de los negros africanos en el siglo XIX; lo que, de ser correcto, destruiría el mito del germanismo de la primitiva propiedad comarcana.

(27) Cfr. especialmente *L'alleu et le domaine rural pendant l'epoque merovingienne*, 1889.

(28) Testimonios de la popularidad de esta tesis se encuentran tanto antes como después de FUSTEL: "Los señores tenían grandes dominios, pocos habitantes y deseo de aumentar su número. El medio más eficaz de conseguirlo era mejorar la condición de sus vasallos favoreciendo la agricultura. Para cultivar hacía falta un edificio y ganados, pero estos ganados exigen pastos. Además, ¿cómo subvenir a sus mil

rrido mejor suerte que la tesis germánica, y tampoco se admite ya como explicación exclusiva del origen de los bienes comunales (29).

Lo que, a mi modo de ver, pasan por alto los historiadores con demasiada ligereza en su crítica a FUSTEL DE COULANGES es que ésta no es sino la formulación histórica moderna de una vieja controversia del derecho francés, que durante varios siglos estuvo discutiendo si en las intrincadas relaciones entre señores y vasallos sobre bienes comunales se trataba de una usurpación de los vasallos sobre los bienes del señor (tal viene a ser la conclusión de FUSTEL) o una usurpación del señor sobre los bienes comunales de los vasallos. La disputa fue muy enconada, y encontró excelentes abogados por ambas partes, al estar en juego intereses muy graves, pues de admitirse una u otra postura, se consolidaban por los tribunales los derechos de una parte, a costa de la otra (30).

---

necesidades sin la facultad de cortar leña en los bosques? Los señores se encontraban, pues, en la necesidad de permitir a sus habitantes la utilización de pastos en las tierras de sus dominios, y el uso de sus bosques. Así lo hicieron la mayor parte de ellos". (HENRION DE PANSEY, citado por GARRAUD, *La Revolution et la propieté foncière*, 1959, pág. 369).

(29) Cfr. una visión general de su crítica en BENEYTO, *Notas sobre el origen...*, cit., págs. 37-45. Este mismo autor hace, por su parte, las observaciones más duras sobre esta teoría dado "lo endeble de su fundamentación", y aunque reconoce que "una parte de su argumentación es exacta", acusa a su autor de "haber concedido demasiado valor a la fantasia". En resumen, esta doctrina "no tiene más valor que el de la oposición a la doctrina del comunismo agrario".

(30) Sobre este punto insiste un historiador de la misma época, GLASSON: "En la Edad Media hay numerosos textos que prueban que los señores laicos o eclesiásticos concedían muy fácilmente derechos de uso, sea a titulo puramente gratuito, sea mediante un ligero canon, y que eran ellos quienes determinaban la forma de realizar el aprovechamiento. Pero también ya en la época franca había gran número de derechos de uso. La cuestión es saber si hay que referirles a la concesión de un señor o se trata de restos de la antigua comunidad de tierras. La respuesta es muy dificil y, sin embargo, las consecuencias prácticas son evidentes: en el primer caso hará falta un título para que los habitantes puedan justificar sus derechos de uso, y en todo caso habrán de limitarlos a la extensión de ese titulo; mientras que en el segundo caso no será esto necesario y bastará una posesión inmemorial" (*Histoire du droit et des institutions de France*, t. 7, 1896, págs. 264-265).

Pero a fines del siglo XIX, la cuestión había perdido su substancia jurídica, resuelta definitivamente por la Revolución. A FUSTEL no le interesa este aspecto, y aborda el problema como historiador; no obstante, sin perjuicio de los errores de técnica en el manejo de documentos, que ahora se le reprochan, creo que para entenderle debidamente es preciso tener en cuenta esta tradición francesa a la que acaba de aludirse: Sólo así cobra su verdadera significación la aportación de este autor, que viene a ser, pues, según queda dicho más arriba, la formulación histórico-científica moderna de un problema que fue palpitante en el antiguo derecho francés (31).

Conviene advertir que para la doctrina italiana, es obvio que el origen de los usos comunales deriva de los derechos del señor, aunque añadiendo que considera que los mismos proceden, a su vez, de una primitiva usurpación realizada en los

---

(31) ALTAMIRA (en *Historia de la propiedad comunal*, 1890, páginas 193-197) esquematiza la discusión en dos "escuelas" opuestas: "1.º, los *feudistas* (HENRION, TROPLONG, DALLOZ), que sostienen el derecho de los señores como perfecto, y legitima su adquisición de la tierra, que luego cedieron a los individuos o a las corporaciones, y 2.º, los *contra-feudistas*, que repugnan el derecho del señor como una usurpación, puesto que la propiedad de la tierra pertenecía al pueblo, comunidad antiquísima (LEGRAND, SALVAIG, IMBERT, PROUDHON, LATRUFFE)". Y por lo que se refiere a la situación española, queda resumida así: Del reparto de la conquista visigótica se mantienen en común los bosques y montes, género de comunidad que desaparece en el terreno ocupado por los árabes y reaparece en la Reconquista, en virtud de las concesiones que los reyes hacen a los pueblos, de ejidos, montes, bosques, terrenos para fomentar la repoblación. Pero de esto mismo se desprende que, donde no fueron destruidas aquellas comunidades, habían de continuar. En general, siguió el derecho sobre los bosques, y el de pastos, aun sobre las fincas privadas, mediante las *derrotas*, y en el *segundo pelo de los prados*. De modo que podemos asegurar: 1.º Que en su mayor parte las comunidades rurales de esta edad son continuación de las antiguas, ya con independencia absoluta, ya con ciertas relaciones que las unen al señor feudal. 2.º Que, no obstante, nacen otras por concesiones del rey y de los jefes feudales. Los reyes fomentaron especialmente el nacimiento de los pueblos libres de señorío (comunes-realengos), independientes como municipio.

primeros tiempos del feudalismo (32). Como escribe GIRIODI (33), si los señores feudales no hubieran hecho esta dejación parcial de sus derechos en favor de los vecinos, éstos no hubieran tenido recursos suficientes para subsistir. Así, la expoliación feudal consumada en perjuicio de una ciudad, viene mitigada por el derecho de uso que se reconoce a todo vecino, como derecho natural que ninguno puede violar. Por ello en todos los actos de investidura y de creación de feudo, cualquiera que fuese su forma, se hacía siempre reserva de uso a favor de los terceros de la comunidad, para que no desapareciese lo necesario para el sustento vital: *Baro seu dominus, qui vult in suo incolas et vasallos, ne isti inermes vitam ducant, tenetur eis dare elementa necessaria, seu permittere quod illis fruantur, et consequenter hoc jus lignendi, acquandi et pascendi pro suo propio et pro solo iure civico* (34). El vínculo jurídico que une aquí, pues, a señores y vasallos no es, ni mucho menos, el de precario. MARINO FRECCIA (35) llega a hablar de sociedad: *dominus et vasalli quoad commoditatem pascuorum censetur socii.*

Debe tenerse aquí también en cuenta algo que suele ser pasado por alto por la doctrina, en su afán de contraponer maniqueísticamente situaciones extremas, a saber: que la

---

(32) Sobre este presupuesto actúa no sólo la doctrina, sino la legislación liquidadora de los *usi civici*, como se examinará en el epígrafe correspondiente.

(33) *Il comune*, 1891, pág. 198. Sobre las relaciones entre feudos y bienes comunales, véase también TRIFONE, *Feudi e demani*, 1910, y LAURIA, *Demani e feudi nell'Italia meridionale*, 1923. La tesis del origen colectivo es sostenida, en cambio, por VENEZIAN, en *Relique della propieta collectiva en Italia*, 1888. Una bibliografía exhaustiva sobre este tema puede consultarse en el epígrafe "usi civici" en la reciente *Bibliografia del diritto agrario intermedio*, de FIORELLI, BANDINI y GROSSI, 1962.

(34) Otra expresión similar, también recogida indefectiblemente por los autores modernos, es la de ANDREA D'ISERNA: *ut agris illis uteretur in communem ipsorum utilitatem pro omnibus, quae ad humanae vitae usum sunt necessaria.*

(35) Citado por GRANITO: *Usi civici*, Ed. Vallardi, Milano, s. a., pág. 11.

teoría de la comunidad comarcana no es esencialmente incompatible con la de la propiedad señorial. A un conocedor tan profundo de la historia de su país como GIERKE no se le podía escapar el hecho de que en la Baja Edad Media la inmensa mayoría de las aldeas y lugares se encontraban ya bajo un señorío. Pero la explicación del fenómeno es bien sencilla: de la marca se ha apoderado un señor, sin que desaparezcan por ello las relaciones jurídicas vecinales. Lo que sucede es que éstas se subordinan a aquél y así coexisten indefinidamente. En el interior de la supraestructura jurídica del señorío, no se articulan derechos individuales (relaciones señor-súbdito), sino una relación plural comarcana dentro de la cual se articulan, a su vez, los derechos de cada vecino. Así, por ejemplo, puede admitirse que la *Allmende* forma parte del patrimonio del señor, pero ello no significa que los vasallos, en cuanto tales, ejerzan derechos (aunque sean de precario) sobre ella. El titular directo de estos derechos, cualquiera que sea su naturaleza, es la comunidad. Y los vecinos sólo podrán realizar sus aprovechamientos en cuanto miembros de esta comunidad. En todo caso, y como es obvio, la tipología ideal más perfecta es la que corresponde a las comunidades que permanecen libres, y no a esta segunda variedad de comunidades sujetas a señorío (36).

---

(36) Cfr. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, cit., págs. 582-583. La misma tesis, menos desarrollada jurídicamente, pero ilustrada con numerosos ejemplos, puede verse en MAURER, *Geschichte der Dorfverfassung...*, cit., I, págs. 11-12 y 92-94. Una formulación contemporánea puede verse en PLANITZ, *Principios...*, cit., pág. 72: "Donde la asociación de la marca se transformó en asociación curial, el Allmende se consideró como propiedad del señor territorial. Es cierto que, según el Derecho curial, los miembros asociados tenían un derecho conjunto sobre la marca y que la asamblea de comarcanos es el órgano supremo de la asociación. Pero, según el derecho territorial, se considera al señor como propietario del patrimonio de la asociación, y, además, le corresponde, como comarcano jefe, la posición de un órgano independiente de dicha asociación". Entre nosotros, ya ALTAMIRA reconoció la compatibilidad del régimen comunal dentro de la estructura señorial, estudiando alguna de sus manifestaciones más características (ob. cit., págs. 210 y sigs. y 355-356). "En las comunidades serviles —resume en la pág. 7— hay un conjunto de

Por otro lado, hemos procurado no olvidar el consejo que daba BENEYTO en 1933, en una época, por cierto, de general reacción "anticomarcana", hoy bastante corregida (37): "No quiero terminar estas lineas de comentario sin dejar de advertir lo que este libro de DOPSCH debiera ser para la investigación latina: un punto final que haga dejar a un lado la idea del sentido germánico colectivista, tan simpática a los escritores de la anterior generación (PERTILE, SCHUPFER), y nos exija cierta necesaria mayor atención hacia los auténticos lazos que hacen de la romanidad una unidad y tienen —por lo menos para todo nuestro territorio mediterráneo— un profundo valor en su constitucional mantenimiento. Aludo, por ejemplo ,al "empriu" levantino... Comparado con nuestros territorios de Cataluña, Valencia y Baleares, un estudio de su génesis en estas islas italohispánicas de Córcega, Cerdeña y Sicilia, que exaltan en su atmósfera mediterránea la raíz romanista, ha de ser poderoso auxilio para que quede planteado —y quizá al tiempo de plantearse ya resuelto— este problema de nuestros usos comunales, mas *usi civici* que *freien Marken*" (38).

---

relaciones de propiedad, y sobre éstas se ejerce el comunismo. ¿Qué importa, pues, esa división de derechos entre el señor y los villanos, si valen tanto económicamente los de éstos como los de aquél, y respecto a ellos —en la disposición de los frutos, en el reparto en las labores, en el tipo de vida— viven comunalmente?"

(37) Recensión a la obra de DOPSCH, "Die freien Marken in Deutschland", 1933, en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, X, 1933, págs. 433 y sigs.

(38) Al cabo de los treinta años transcurridos, debe acogerse hoy también con ciertas reservas esta exaltación mediterránea, muy propia de unos tiempos en que los italianos soñaban con la resurrección del *impero mediterraneo*. Sin negar en absoluto el valor de la "atmósfera mediterránea", no hay que olvidar que en sus orillas se asentaron durante muchos siglos pueblos islámicos, germánicos y bizantinos, que sólo realizaron en común sus guerras incesantes y la destrucción de la vieja cultura romana, la única auténticamente mediterránea. Cfr. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, traducción esp., 1955, pág. 28.

IV. LA PROPIEDAD CONSORCIAL

Junto a las dos teorías citadas, introduce BENEYTO (39) una tercera, que refiere los usos comunales a una antigua propiedad consorcial. La cual es, en sustancia, "un derecho correspondiente a un conjunto o comunidad de *consortes*. Típicamente se refiere a la utilización de prados, bosques y aguas estimada accesoria de cada una de las fincas del distrito y gozada en términos proporcionales por los *herederos* propietarios o poseedores del consorcio. Recogiendo el término diplomático, y no ciertamente por primera vez, a esta construcción la calificamos de *propiedad consorcial*, porque si en un momento histórico podría llamársela exactamente copropiedad y en otro ampliamente propiedad comunal o colectiva —por tanto, elementos variables que no deben atenderse en una elaboración de conceptos— es más exacto darle este nombre para expresar, como él expresa, la característica que continuamente la califica: esa pertenencia accesoria, que por tanto, como figura jurídica representativa, es del grupo de *consortes*, de la comunidad de *herederos*" (40).

Esta teoría dista mucho, sin embargo, de aparecer depurada. Sin perjuicio de la validez de los argumentos de BENEYTO para otras regiones, por lo que se refiere a Cataluña, ha

---

(39) En *Notas sobre el origen...*, cit., especialmente en los tres primeros capítulos. Aquí no se va a desarrollar esta teoría; basta con indicar su concepto, tal como se hace en el texto (la cita corresponde a la pág. 35). Para mayores detalles, véase el trabajo en cuestión *in totum*. Por otra parte, a lo largo de este libro van a hacerse continuas referencias a este elemento consorcial, que efectivamente late en casi todos los usos comunales.

(40) Como texto clave y síntesis se cita un viejo aforismo anglosajón, tomado de GRIMM: "La choza es la madre del campo: ella determina la porción de pastos; la de pastos, la del bosque; y la del bosque, la de cañas para cubrir el techo; y la parte de cañas, la de hilas de agua".

sido negada rotundamente por FONT RIUS (41), no obstante la opinión anterior de HINOJOSA, para quien la naturaleza consorcial o accesoria de los bienes comunales es muy clara (42). SÁNCHEZ-ALBORNOZ abunda también en la misma opinión, que puede comprobarse repetidamente en los documentos del reino de León (43) y hasta se recoge implícitamente en el Fuero Viejo de Castilla (44). Pero también aparecen testi-

---

(41) "Nos parece claro, por el contrario, que en todos los casos (los usos de bienes colectivos) tenían un auténtico carácter comunal, y eran de todos los vecinos, por el solo hecho de serlo, por recibir como tales todas las concesiones de las cartas y privilegios, los titulares del derecho de aprovechamiento" (*Orígenes del régimen municipal de Cataluña*, 1946, pág. 180).

(42) "Disfrutaban los terratenientes de toda condición, como accesión de sus predios, del derecho de uso o aprovechamiento sobre los montes, bosques y prados comunes, o sea, aquella parte que se había conservado proindiviso, sustrayéndola a la apropiación individual, y el conjunto de estos derechos era reglamentado convenientemente por el señor, o por las comunidades rurales. A veces, al enajenar las villas y predios se enumeraban las clases de aprovechamientos comunes cuyo disfrute iba anejo a ellos... No sólo la posesión, sino el cultivo del predio, era condición indispensable, expresamente exigida en algunos casos para el goce de estos derechos" (*El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, 1905, págs. 52-53). Lo curioso es que los testimonios documentales de los siglos IX, X y XIII que aduce en nota este autor no se refieren a terratenientes, sino a vecinos. La explicación se encuentra, como vamos a ver inmediatamente, en que durante la Alta Edad Media no existen apenas jornaleros sin tierra.

(43) "Las Behetrías", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1924, págs. 273 y 274: "Ego Mone Gonzalvez una cum uxor mea Maior Petriz placuit nobis per expontaneam nostram voluntatem... sic tradimus vel concedimus nostra hereditate quam abemus de parentorum nostrorum et de comparatione in villa de Argonios in locum nominatum ad Sansti Salvatoris, ipsa hereditate cum sua divisa de monte infonte, exitus et regressitus, in avis aquadum vel in sedicam molinarum" (Donación en 1133). "Et ad hereditatis quas supra nominavimus do tibi una quaque earum cum suos solares et cum exitibus suis et divisas suas in rivilis in molinadia in pascuis in saltibus in montibus et in omnia que pertinaent ad hereditates istas quas dicimus et ad omnia bona eadum scessum vel regressum" (año 1146).

(44) Libro IV, tit. I, ley 5: "Si algund Fijodalgo, o Dueña vende algund solar, o una Viella o Monesterio alguno, e vendegelo con todos suos derechos ansi como lo el avie, con entradas, e con salidas, en fuentes, e en mont, ansi como lo y a, non puede aver el Monesterio mas de aquello que y compra, nin puede aver pertenencias ningunas en la Viella por cuanto monta aquella compra." Por cierto, que el comentarista de la edición de *Los códigos españoles concordados y anotados*, en 1847, cuando las prácticas consuetudinarias de este tipo

monios abundantes de que existía al tiempo un tráfico comercial de pastos, autónomamente considerados, es decir, sin referencia a un hipotético fundo, de que fuesen pertenencias (45).

A nuestro modo de ver, esta polémica puede cerrarse aquí con las siguientes conclusiones:

a) Parece unánime la vigencia del principio de que las participaciones de los campos comunales eran consideradas como *pertenencias* de la propiedad labrada, o al menos de la casa (46). Esta afirmación precisa, no obstante, de algunas matizaciones muy importantes.

b) Con frecuencia las participaciones no se gradúan en razón a las propiedades de cada uno, sino por la simple calidad de vecino en porciones rigurosamente iguales (47). No puede hacerse a estos efectos distinción entre hombres libres y siervos.

c) La estructura social y agraria de la Alta Edad Media hizo muy rara la existencia en las aldeas y lugares de hombres que no cultivasen tierras directamente, sea en propiedad o en colonato, con lo cual quedaban garantizados sus derechos a los aprovechamientos comunales, y se borra buena parte del interés práctico de la distinción entre la teoría de la propiedad consorcial y la de la simple relación de vecindad.

d) Pero aunque el caso no sea frecuente, forzoso es admitir que existen estos individuos. Y aquí se pone a prueba el principio, porque si a los tales se les conceden derechos de aprovechamientos comunales ¿cómo compaginar esta rea-

---

estaban muy vivas, anota "Estos son los derechos que llaman de «monteysuerte», los cuales tienen su principio en la vecindad, y consisten en el disfrute de los términos públicos. Esto manifiesta que los monasterios no se reputaban antiguamente vecinos de los pueblos".

(45) Cfr. también FLORES DE QUIÑONES, "Comunidad o servidumbre de pastos", en *Revista de Derecho Privado,* 1933, págs. 165 y 166.

(46) Por todos, véanse los ejemplos de MAURER, *Geschichte der Dorfverfassung...,* cit., I, 1865-1961, págs. 61-65.

(47) Sobre este punto nos detendremos con algún detalle en los caps. XII y XIII, en que se estudia la forma de los aprovechamientos.

lidad con la teoría de la pertenencia, tan dogmáticamente afirmada? Pues bien, parece un hecho inconcuso que tales no-propietarios realizan aprovechamientos comunales (48), sin que nadie haya buscado una explicación suficiente a esta contradicción, que, a nuestro modo de ver, es la siguiente: En una primera época, la concesión de tales aprovechamientos, por carecer de transcendencia económica, no plantea ningún problema jurídico y se considera como una simple relajación graciosa del principio. Posteriormente, cuando el número de los no-propietarios aumenta tan considerablemente que pone en peligro el mantenimiento normal de los aprovechamientos comunales, se impone ya un planteamiento jurídico del tema, que se resuelve haciendo una distinción formal de dos clases de vecinos: los legitimados para los aprovechamientos y los no legitimados (49).

e) No hay que olvidar, por último, las situaciones surgidas en el área no germánica, que son precisamente las más estudiadas por BENEYTO, en la que los derechos corporativos propios de aquella marca tienen menos virtualidad, o son completamente inexistentes. Aunque bien es verdad que la casi total germanización de Europa no les hace muy frecuentes (50). La comprobación de la tesis consorcial en

---

(48) Testimonios abundantes en MAURER, *Geschichte der Dorfverfassung...*, cit, I, págs. 54-56 y 162 y sigs., donde también puede comprobarse que los aprovechamientos eran para ellos de inferior cuantía y calidad. El caso español ya ha quedado ejemplificado en las notas anteriores.

(49) Sobre ello se insistirá con algún detalle en los capítulos siguientes. Una vez más se pone aquí de manifiesto el condicionamiento económico-social de las normas jurídicas. El derecho no es un *ludus mentis*, sino una respuesta y un intento de solución a preguntas y necesidades de la realidad. El problema que se debate en el texto sólo alcanza, por ello, naturaleza jurídica cuando el número de los no-propietarios y la disminución de los campos comunales pone en peligro los derechos de los demás vecinos.

(50) Téngase presente que numerosos autores italianos que niegan la teoría consorcial, lo hacen basándose más en los autores alemanes que en la propia historia de su país. Así, cuando el más significado de sus especialistas de bienes comunales, RAFFAGLIO, afirma "El derecho de sacar leñas y pastorear, etc., sobre las tierras comunes o privadas depende de la calidad de miembros de la comunidad; pero el hecho de que todos tenían un pedazo de tierra que cultivar, sea

casos concretos en nada empece, pues, la existencia de las otras teorías, y viceversa.

V. POSICIONES SINCRETICAS

Cualquiera de estas tres teorías, por sí sola, es, por descontado, insatisfactoria. A los autores que las refutan, no les es difícil encontrar ejemplos en que la tesis falla. Pero ya hemos aludido a que este método no es correcto, pues todas ellas son parcialmente ciertas en cuanto logran establecer una relación entre determinados bienes comunales modernos y determinadas figuras históricas desaparecidas.

Hoy parece indudable que los bienes comunales son el resultado, no de un solo proceso histórico, sino de varios que han ido corriendo paralelos, y que de ordinario tienen una fuerza desigual según los países y las épocas. De esta manera las tres tesis apuntadas son válidas, y se complementan mutuamente. Así viene a reconocerse actualmente con cierta unanimidad (51). Tal como decía hace ya muchos años AZCARATE (52):

---

en propiedad o, más ordinariamente, en censo o enfiteusis, algunos creyeron que el vínculo tenía naturaleza real y que era la propiedad de un fundo la que confería el derecho", lo hace apoyándose en MAURER y GRIMM (cfr. GRANITO *Usi civici*, Ed. Vallardi, Milano, s. a., pág. 148).

(51) Esta actitud sincrética es bien antigua. Asi lo entendía ya HENRION DE PANSEY ("Des biens communaux et de la police rurale et forestière", en *Oeuvres judiciaires, París*, s. a., pág. 302): Los bienes comunales "se han formado de diversas maneras: los habitantes los han adquirido o les han sido reintegrados en sus propiedades privadas para procurarse una propiedad común, o los que han regulado las reparticiones han juzgado oportuno dejar una parte indivisa: *plerumque a divisoribus agrorum ager compascuus relictus est, ad pascendum communiter vicinis* (S. ISIDORO, *Etymologiae*, lib. II, capítulo III). En otras ocasiones han sido los señores, quienes para favorecer la agricultura y la población han dado porciones de su dominio a los habitantes de las tierras".

(52) *Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad*, t. II, 1880, pág. 87.

"No es en todas partes el mismo el origen de esta propiedad comunal, puesto que si en ciertas comarcas es continuación de la antigua, en otras procede de que como a consecuencia de la conquista fueron desposeidas de sus bienes esas agrupaciones, y los señores, ya porque lo obtuvieron de los reyes, ya porque lo usurparon, se atribuyeron un como dominio eminente sobre todo el territorio, luego cedían éste a los pueblos mediante la prestación de ciertos servicios y el pago de determinados tributos. De aquí las diversas opiniones que en todo tiempo, y más aún en el nuestro, han surgido entre los jurisconsultos e historiadores acerca del valor respectivo del derecho de los señores y del de los pueblos."

Años más tarde FERNÁNDEZ DE VELASCO (52 bis) daría color jurídico a estas distitnciones: cuando los bienes proceden de una donación real, nacen a un tiempo la unidad patrimonial y la de "imperio" del Municipio. En otro caso, el Municipio es primero una simple entidad patrimonial, que luego adquiere "imperio".

En la misma línea se encuentra BENEYTO, quien, después de desarrollar su tesis de la propiedad consorcial, hace observar prudentemente:

"No pretendemos negar un posible régimen de colectivismo agrario, ni siquiera que ese tipo de goce patrimonial no haya influido en la formación de los usos comunales de la Edad Media. No negamos tampoco que algunas veces los aprovechamientos colectivos puedan tener su fuente en conceptos señoriales. Lo que creemos es que ninguno de estos regímenes ha sido base preponderante, y mucho menos base exclusiva, de los usos comunales. Para nosotros el colectivismo agrario y la concesión dominical pueden haber influido, y reconocemos que de hecho han repercutido en la gestación de los usos comunales; pero creemos, que tanto como esos institutos —y aún alguna vez más que ellos— ha tenido que influir este régimen, hasta hace poco relegado a último término, de la propiedad consorcial" (53).

En Italia se hace eco de esta tendencia ZANOBINI, quien recoge las siguientes opiniones: El origen de los bienes co-

---

(52 bis) "Naturaleza jurídica de los bienes comunales", en *Revista de Derecho Privado,* 1948, pág. 66.
(53) *Notas sobre el origen...*, cit., pág. 36.

munales puede encontrarse: *a)* En la antigua propiedad colectiva autóctona, y, por tanto, de formación anterior al derecho romano primitivo. *b)* En la antigua propiedad colectiva de derecho germánico, explicable, al menos en ciertas regiones de la península. *c)* En las relaciones feudales señoriales. *d)* De origen feudal comunal: las comunas, propietarias de bienes, admitían a sus propios componentes en su disfrute como forma normal de sus aprovechamientos. Ahora bien, el derecho de los miembros era anterior a la formación de la comuna, de aquí que se asumiese substancialmente como propio en interés y en representación de los antiguos titulares (54).

En Francia, GARRAUD (55) se refiere igualmente a una serie de hipótesis diversas: *a)* Los bienes comunales son restos de una primitiva propiedad colectiva; *b)* Se trata de concesiones señoriales; *c)* Su origen es tan antiguo como el de la misma sociedad, pues constituyen un presupuesto esencial para la agricultura (56).

Alfonso M. GUILARTE, al estudiar en un libro reciente el régimen de abadengo de Tierra de Campos (57), demuestra documentalmente que los aprovechamientos no sólo se realizaban sobre las tierras del Monasterio, sino sobre los bienes del Concejo: "El disfrute de los propios se hace mediante arrendamiento en partes individualizadas a cada vecino que satisface al Concejo la correspondiente renta, y sobre pastos y bosques indivisos el aprovechamiento es gratuito y comunal". Con lo que viene a comprobarse, pues, el origen plural de los bienes comunales, que defiende la teoría sincrética.

También hay, por último, alguna resolución jurisprudencial que parece recoger esta tesis. Así la curiosa sentencia de 3 de marzo de 1934 en que se declara:

---

(54) *Corso di diritto amministrativo*, t. IV, 3.ª ed., 1948, pág. 171.

(55) *La revolution...*, cit., pág. 369.

(56) Sostienen esta opinión autores como SALVAING y LATRUFFE-MONTMELLIAN. Esta tesis, muy matizada, es la que nosotros sostuvimos en *Ordenación de pastos...*, cit.

(57) *El régimen señorial en el siglo XVI*, 1962, págs. 331-337.

"La clasificación hecha en atención al origen de la propiedad, o modo de su incorporación al patrimonio municipal, cir cunscrita al condominio del Estado por cesión de quienes le representaron en lejanas épocas, seria contraria a la realidad, por ser bien notorio que el patrimonio municipal, esto es, el conjunto de sus bienes propios, en muchas ocasiones se ha formado o constituido en gran parte por otros modos de adquisición, tales como transacción de los pueblos entre sí, o señoríos colindantes, prescripción, legado, herencias, donaciones, adquisiciones por ellos hechas con finalidad del servicio público, que al cesar éste o no resultar útil o no realizarse han llevado a su acervo una propiedad tan perfecta como la de las cesiones de la Corona antes aludidas".

VI. LA REALIDAD ESPAÑOLA

Llega ahora el momento de hacer una referencia expresa a la realidad española que, a fin de cuentas, es la que más ha de interesarnos. Por lo demás —y una vez hecha la elemental advertencia al riesgo que supone afirmar una teoría sobre datos históricos un tanto borrosos— la situación española es particularmente favorable a la investigación, teniendo en cuenta la relativa modernidad del origen de las formas de propiedad comunitaria que hoy conocemos.

Si se acepta —como nosotros hacemos— que la Reconquista se desarrolló en unas condiciones materiales totalmente nuevas, es decir, con solución de continuidad respecto de las formas de asentamiento romanas y visigóticas, hemos de señalar este punto como origen de la moderna propiedad comunal. *Para nosotros la propiedad comunal surge en España, fundamentalmente, como consecuencia de las tareas repobladoras* que tuvieron lugar de modo importante, aunque no exclusivo, durante los primeros siglos de la Reconquista (58). De esta manera, el marco dilatado en que ésta

---

(58) Esta tesis es aplicable incluso para la zona costera del nor-

tuvo lugar nos proporciona ejemplos de bienes comunales formados en momentos históricos relativamente modernos y bien conocidos, circunstancia que había de acentuarse aún más con la colonización americana (basada en fórmulas más antiguas) e incluso con algunos casos de colonizaciones realizadas en la metrópoli durante el siglo XVIII.

Sin perjuicio de insistir sobre ello capítulos adelante, el esquema de formación de los bienes comunales es, con la necesaria generalización, muy sencillo:

A) Durante los primeros siglos de la reconquista, *la repoblación se realiza de ordinario mediante asignaciones de tierras a un grupo de repobladores de un modo colectivo* (59),

---

te de España, en la que tan abundantes son todavía hoy los montes comunales, y que, sin embargo, nunca llegó a ser ocupada efectivamente por los musulmanes, ya que si bien es cierto que nunca llegó a serlo de modo permanente, es indudable que fue militarmente *invadida* en repetidas ocasiones, lo que provocó —esto es lo esencial— su *despob'ación y su posterior repoblación*, que tuvo lugar, en lineas generales, conforme al sistema que se indica en el texto. A las bien conocidas tareas repobladoras de Odoadro en Galicia y a los numerosos fueros norteños —tal como se detalla en los capítulos siguientes— nos remitimos en apoyo de la tesis.

(59) En el capítulo siguiente se describe con toda minuciosidad el proceso de asignación colectiva de tierras, tal como resulta de los Fueros y Cartas Pueblas de la Reconquista. En este lugar, y para ejemplificar lo que se dice en el texto, basta recordar un solo caso, el muy significativo Fuero de Roa, concedido por Alfonso VI en 1143: "*omnibus populatoribus de Roa, presentibus et venturis, facio cartam de foris et terminis et hereditatibus, meis regalengis, quos eis dono et in perpetuum habendas concedo et afirmo... Dono etiam eis ipsam villam Roam cum omnibus suis terminis, herminis et populatis... Dono quoque eis in hereditatem Villam Eleti, Sancta Eufemia, Torrecilla... cum omnibus earum terminis et omnibus aliis causis que ad eas pertinent. Preterea dono eis populatoribus duas partes de illa valle de Ozate, cum omnibus causis hermis et populatis que in eis duabus partibus sunt. Preterea dono eisdem populatoribus omnes montes et pinares de meo realengo, ad curtandum et pascendum quocumque loco sunt... super hec quia populatoribus in Roa tantam hereditatem que eis sufficiat dare non possum, mando et concedo eis ut laborent per totum meum regalengo, quod ex una parte Dorie et ex altera hermum et desertum ad Arlanza usque ad serram, poterint invenire*" (Apud *Fueros de Sepúlveda*, Ed. Diputación Provincial de Segovia, 1953, pág. 175). Debe tenerse presente que junto a la repoblación comunal tuvo lugar —y fue muy importante— la repoblación individual o señorial, en la que, como es lógico, no jugaron los bienes comunales el papel que se indica en el texto. Esta advertencia debe ponerse en relación con lo observado páginas más atrás a propósito

es decir, sin individualización de propiedades: las tierras pertenecen al grupo, son bienes comunales. *La individualización, es decir, la apropiación por un vecino de una parcela del común tiene lugar en otra fase, y es una operación posterior, que se va extendiendo lentamente —mediante presuras y escalios* (60) *en su mayor parte— y a costa de los bienes comunales.* El proceso de apropiación individual se acelera a medida que crecen las necesidades agrícolas de los vecinos, hasta terminar consiguiendo que la regla, que es lo comunal, se convierta en excepción, frente a la propiedad privada, que en un primer momento fue la excepcional (60 bis). Ya no se trata una propiedad vecinal genérica, sobre la que los vecinos van realizando acotaciones

---

de las relaciones entre el elemento señorial y el elemento comunal propios de la civilización europea medieval. El que en este libro se haga especial hincapié en el elemento comunal, no significa desconocer que el carácter señorial fue el predominante. Junto a las asignaciones de tierras en favor de un grupo de pobladores, se encontraban —y cuantitativamente son las más importantes— las otorgadas en favor de un señor. Lo que sucede es que en tales casos —y como ya se ha dicho— el elemento comunal se inserta dentro del señorial. Los yermos y baldíos no son aprovechados directamente por el señor, sino por los nuevos pobladores. Expresándonos en términos jurídicos modernos, al señor corresponde la propiedad de estos bienes, y a los vecinos su aprovechamiento, por concesión de aquél. Pero esta serie de relaciones, aunque afectan gravemente al régimen de los bienes, no llegan a desnaturalizarles, y conservan su carácter de comunales, como tendremos ocasión de comprobar reiteradamente.

(60) Con la salvedad hecha en la nota anterior, puesto que las presuras y escalios serán objeto de un estudio especial más adelante, *ad exemplum,* cfr. la copia romanceada del Fuero de Arguedas (Sancho Ramírez, 1092): "Esta carta que fago yo Sancho Ramirez... a vos todos los pobladores que viniestes e que de oy adelant vinieren ad Arguedas poblar... et do a vos... que podades escaliar en la dicha Bardena ho a vos ploguiere en los hyermos" (Apud MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de fueros municipales, y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León y Navarra,* I, 1847, pág. 329). Obsérvese, además, que el carácter colectivo de la donación no sólo se deduce de la expresión literal del texto, sino de la circunstancia lógica de que se refiere no sólo a los vecinos presentes, sino a los futuros, lo que excluye toda idea de individualización.

(60 bis) En ocasiones reaparece, más o menos intuitivamente, esta tesis en autores modernos: "¿Por qué no sentar el históricamente fundado supuesto legal de que pertenece al patrimonio concejil común el suelo del término municipal, cuya pertenencia a otro dueño no se pruebe mediante título u ocupación inmemorial?", se pregunta J. D. Y DÍAZ-CANEJA ("Bienes municipales", en *Revista de Estudios de la Vida Local,* núm. 81, 1955, pág. 438).

individuales de carácter extraordinario, sino ante un conjunto de propiedades individuales que se complementan y coexisten con los restos, aún no individualizados, de la propiedad comunal.

B) En una segunda fase de la Reconquista, y en las colonizaciones americanas como en las metropolitanas de la Edad Moderna, *las asignaciones de tierras ya no tienen lugar colectivamente —como era antes lo ordinario— pero, en todo caso, se determinan ciertas parcelas para el común* (61).

Los bienes comunales surgen, así, en el momento de conjunción de una serie de elementos de muy diversa índole: geográficos (despoblación, baldíos), políticos (Reconquista, Repoblación), sociales (agrupación de vecinos) y económicos (explotaciones que no precisan apropiación individual del suelo: aprovechamientos pastueños y forestales).

---

(61) Ejemplos: Carta de repartición de tierras en Alguixuela en 1276: "Sepan cuantos esta carta vieren, como yo Garcia Rodriguez de Ciudad Rodrigo, e yo Fernan Gomez de Soria, omes del Rey, vimos carta de nuestro señor el Rey, en que nos manda que diessemos defesas a los de Caceres en que pudiesen traer sus bueyes e sus ganados e nos, vista la carta, e por cumplir su mandato, dimos defesa a los del Alguixuela, de la qual defesa son estos mojones..." (Apud, *Fueros y Privilegios de Caceres*, s. a., siglo XVIII). Para el siglo XV la Carta-puebla de la Villa de Puerto Real (Ed. de COZAR, 1913): "E otrosi vos mando que nombreis y señaleis lugar convenible para exido al dicho lugar. Yesso mismo nombreis y señaleis y amojoneis por termino para prados para rozar y cortar y para pastos y labranza para la dicha villa, al termino y suelo que vosotros vieredes que cumple y basta para buena población de la dicha villa". Para América, las *Ordenanzas de descubrimiento y nueva población*, de 1573: en las nuevas poblaciones ha de formarse un exido "en tan competente cantidad, que aunque la población vaya en mucho crecimiento siempre quede bastante espacio a donde la gente se pueda salir a recrear y salir los ganados sin que hagan daños". Para la colonización interior metropolitana del siglo XVIII, la Instrucción de 25 de junio de 1767, art. 21: "Cada concejo de las nuevas poblaciones deberá tener una dehesa boyal para la suelta y manutención de las yuntas de labor; ... acotandose y amojonandose estas dehesas boyales, y colocandolas en un paraje que, ademas de tener aguas para abrevadero, esté a mano para todos los lugares que componen el Concejo, si fuere posible" (*Novísima Recopilación*, lib. 7, tit. 22, ley 2).

C) A las anteriores conclusiones hemos llegado con un criterio meramente histórico; pero, aunque de su corrección no sea lícito dudar a la vista de la documentación transcrita *ad exemplum* en las notas y en la mucho más detallada que se aporta en los capítulos siguientes, distan mucho de dejarnos satisfechos: éste puede ser el origen genérico de la mayor parte de los bienes comunales; pero si examinamos la realidad actual ¿podremos enlazar a este origen los casos concretos hoy existentes?

Para responder a esta pregunta no hay otro medio que examinar las bases concretas de los bienes comunales reconocidos hoy como tales por nuestros pueblos. Tarea nada fácil, que sólo puede ser realizada mediante el estudio de la jurisprudencia (62), especialmente de la del siglo pasado, en cuyos autos pueden encontrarse a veces los antecedentes necesarios. Como resultado de la investigación que en tal sentido hemos hecho, hemos llegado a algunas conclusiones que complementan las dos afirmaciones aludidas, y que si carecen del rigor histórico de éstas, presentan, en contrapartida, el interés de su valor jurídico (63), y que pueden sistematizarse así:

a) En la mayor parte de los bienes comunales se desconoce su origen concreto, ya que los títulos desaparecieron con ocasión de los disturbios del pasado, especialmente los incendios de la guerra de la Independencia y las civiles del siglo XIX (64):

---

(62) Ya que apenas si existen investigaciones sobre los antecedentes de bienes comunales concretos. Un ejemplo paradigmático de este tipo de estudios podría ser la obra de LECEA, *La comunidad de Villa y Tierra de Segovia*, 1892, que sigue el hilo de cada una de las parcelas de esta comunidal desde las primeras concesiones reales en el siglo XIII.

(63) Nosotros —juristas, y no historiadores— buscamos y respetamos la *ultima ratio* del origen de los bienes comunales, que sólo puede darnos la historia; pero no podemos negar el valor decisivo de la perspectiva jurídica de esta cuestión, que si no satisface del todo la curiosidad del investigador, expresa el máximo de la eficacia y de la seguridad que tiene acceso a los Tribunales.

(64) Las pérdidas e incendio de documentos que tuvieron lugar durante el período de 1936-1939 son sencillamente incalculables.

— los del Municipio de Undues (Zaragoza) desaparecieron en la guerra de la Independencia (s. 28.7 1868)
— los del Municipio de Malapartida (Cáceres) fueron quemados en parte en la guerra de la Independencia y el resto durante la Guerra Civil (s. 14.12.1869);
— los de Puentedey, Leiva y Villares (Burgos) perecieron cuando estos pueblos fueron saqueados durante la guerra de la Independencia (s. 3.5.1872);
— los de Cieza (Murcia) fueron perdidos como consecuencia de la invasión francesa (s. 11.2.1873);
— los de Calanda (Teruel) fueron incendiados el 21.4.1838 al tomar la población por asalto la facción de Cabrera (s. 6.5.1873);
— Los de Lucillos (Toledo) fueron destruidos con motivo de la guerra de la Independencia (s. 15.2.1867);
— los de Manzanares el Real se incendiaron en 1823 (s. 31.5.1870).

b) La consecuencia de esta falta de titulación es que los pueblos basan la propiedad de los bienes comunales en una *posesión inmemorial* que, como se verá en su lugar, ha sido admitida de ordinario por la legislación española y que, en cuanto título jurídico, será estudiada con detalle más adelante.

c) En algunas ocasiones el origen de los bienes comunales es una *venta*:

— por escritura de 28.5.1442 los vecinos moradores y pecheros de los pueblos de Pinilla, Alameda, Oteruelos y Rascafría compraron a la Comunidad de tierras de Segovia todos los quiñones, tierra y heredamientos, prados y pastos, pensiones, tributos, señorío y posesiones que a los caballeros, escuderos, dueñas y doncellas, quiñoneros de las cuatro cuadrillas de la Trinidad, San Esteban, San Martín y San Millán habían pertenecido en sus términos de mojones adentro (s. 13.11.1871);

— el 28.1.1741, y mediante el precio de 5.500 reales, Felipe V hizo merced y donación perpetua al valle de Liendo de todos los montes y tierras baldías y realengas comprendidas dentro de su término jurisdiccional (s. 14. 6.1872);

— el 3.12.1645 el Concejo, justicia y regidores de la villa de Mazarrón (Murcia) adquirieron por escritura pública del Corregidor la propiedad de unos terrenos, y Felipe IV por Real Cédula de 25.2.1645 confirmó la venta y con ella "los usos y aprovechamientos de los montes en favor de los vecinos de Mazarrón" (s. 13. 4.1874);

— los vecinos de las siete villas de Pedroches de Córdoba eran propietarios en el siglo XIX de las dehesas de Jara-Ruices y Navas del Emperador en razón de compra que sus antepasados hicieron a la Corona (s. 6.2.1866);

— Muy distinto sentido tienen las ventas de bienes comunales a particulares con reserva de su aprovechamiento vecinal. Así en escritura de 23.4.1711 el Concejo de Ojosnegros vende una dehesa a D. Juan Agustín Mateo para que pudieran pastar los ganados de éste en ella desde el día de San Andrés de cada año hasta el 6 de marzo siguiente, reservándose el Concejo el derecho de apacentar su ganado de labor en el tiempo que se labra, conforme es costumbre (s. 26.5.1868);

— y en el mismo sentido: Habiéndose autorizado de Real Orden a los Ayuntamientos de los pueblos para vender ciertos terrenos concejiles que no fuesen de propios, el de Mota del Marqués (Valladolid) pidió y obtuvo licencia del Intendente de la Provincia de Valladolid para enajenar un prado, a fin de remediar con su importe el estado aflictivo del vecindario por causa de las excesivas contribuciones de todo género levantadas con motivo de la guerra con los franceses. En su consecuencia, el 12.7.1811 se otorgó escritura de venta por el Ayuntamiento y vecinos a favor de Doña Beatriz

Martín Gallego, pero con reserva del derecho de pastos a favor de los vecinos (s. 24.12.1873).

d) Por *concesión real*:

— por privilegio de Carlos I de fecha 9.2.1542 los vecinos de la villa de Onteniente disfrutan de los pastos y leñas bajas de los montes Umbría y Solana (s. 24.1.1872);

— por merced del Infante D. Enrique de fecha 15.12.1441 los vecinos de Alburquerque tenían derecho al disfrute de los aprovechamientos de pastos y árboles de encina y alcornoque en todas las tierras abiertas de su término en el período de siembra a siembra (s. 2.3.1871).

e) Por *concesión señorial*:

— por escritura de 2.2.1561 el Marqués de Tábara cedió, bajo ciertas condiciones y canon, a los vecinos de Moreruela de Tábara, determinados prados y montes (s. 4.5.1872);

— por escritura pública de 6.5.1335 Doña Toda Pérez de Urrea y su hijo Don Juan Jiménez, señores de Lucena, cedieron a sus moradores todo el territorio del pueblo;

— por escritura de 15.2.1613 donó el Conde de Aranda a Lucena varias heredades aumentando su término (s. 14.5.1867);

— en 1664 y 1665 el Duque de San Germán otorgó a los vecinos de Tudela la facultad de establecer ciertas corralizas en determinados montes comunales (s. 7.6.1872).

f) Por *concordia* o acuerdo transaccional (65).

---

(65) Conviene insistir aquí, una vez más, en el significado ejemplificativo de todos estos casos. No se trata de una teoría general o de una hipótesis sobre el origen común de los bienes comunales, sino de su determinación en algunos casos concretos, de las que sólo en ocasiones podrá inducirse una generalización.

— según escritura pública de 6.12.1665 otorgada por los alcaldes jurados, concejos y vecinos de Tudela, Fustiñana y Cabanillas (s. 7.6.1872);

— en 1547 los pueblos de Puentedey, Leiva y Villares sometieron a la decisión de Jueces árbitros sus diferencias en cuanto al disfrute de pastos y leñas (s. 3.5.1872);

— en 15.7.1587 otorgaron escritura de concordia el Conde de Siruela y el Concejo, justicia y regimiento de los pueblos de Siruela y Tamurejo para regular el disfrute de pastos y otros aprovechamientos (s. 13.12.1871);

— en 4.8.1697 otorgaron escritura de concordia el Conde de Altamira y vecinos de la villa de San Román sobre cortes de leña y otros aprovechamientos en ciertas dehesas (s. 23.3.1872);

— en 29.1.1565 se celebró escritura de concordia entre D. José Monsuar, Vicario general en el Obispado de Lérida, con la calidad de apoderado de D.ª Genara de Monsuar y de Ariño, dueña temporal de Fabara, y varios vecinos de esta villa sobre derechos de caza y pesca en los términos y montes de la villa (s. 7.7.1871);

— en virtud de transacción celebrada en el año de 1665 entre el Duque de Arcos por una parte y por otra las villas de Benacoaz y Villaluenga se acordó la repartición de ciertos montes (s. 15.4.1867);

— en 26.9.1423 el pueblo de Hornillos y el de Municilla y sus aldeas celebraron concordia para el recíproco aprovechamiento de pastos y leñas de los montes en los términos que señalaron de sus respectivas jurisdicciones (s. 24.3.1866);

— en 16.2.1576 para evitar mayores males, el Conde de Mi-
Bohonal y la Poveda otorgaron escritura de concordia
randa y el Concejo y vecinos de Talavera la Vieja, el
sobre los derechos del Conde y los comunales de los vecinos sobre cierta dehesa (s. 10.7.1872);

g) Por *sentencia.*

— Por sentencia de revista dictada por la Chancillería de Granada el 12.8.1583 se prohibió al Duque de Feria roturar el monte titulado el Encinal para que los vecinos de Villalba, y no otros, pudieran pacer con sus ganados mayores y menores las yerbas o comer la bellota (s. 5.2.1872);

h) Ordenanzas municipales.

— en las ordenanzas municipales de Badajoz, aprobadas por Carlos III, aparece, entre otros varios privilegios concedidos al común de vecinos de dicha villa, el libre derecho de fabricar hornos y cal, usando para ello de las pedreras en todas las dehesas de su término (s. 27.3.1872);

— en las ordenanzas de Córdoba de 1480, confirmadas por diferentes Reales Cédulas, especialmente en la de Valladolid de 3.4.1494, se consigna que los vecinos de Adamuz han disfrutado con sus ganados de los aprovechamientos de pastos de ciertas dehesas (s. 29.11.1868).

i) Por *censos* (66)

— el 5.5.1464 otorgaron escritura en la villa de Candeleda de una parte D. Juan de Zúñiga Bazán y Avellaneda, Conde de Miranda, y de la otra el Alcalde ordinario de la villa de Talavera la Vieja en nombre del Concejo, Justicia y Regimiento de dicha villa y su Tierra; por la cual, el Conde queriendo hacer bien a todos los que estaban avecindados en la villa de Alija y a los que después se avecindasen, les dio en censo perpetuo la dehesa de Retuerta (s. 10.7.1872);

(66) En el capítulo noveno se transcribe también una larga serie de sentencias relativas a bienes comunales cuyo origen se basa en un foro.

— en 18.4.1524 el Conde de Rivadavia entrega a los vecinos de Mucientes unas fincas mediante el canon censual de cincuenta cargas de pan mediado y veinticinco carretadas de paja (s. 8.5.1872);

— el 20.6.1563 el Conde de Feria dio a censo enfitéutico la dehesa de Campo de Porriño al Concejo y vecinos de la villa de Salvaleón, mediante el canón de 170.000 maravedises en cada año (s. 7.6.1871);

— D. Bernardo Fernández de Velasco, Cōndestable de Castilla, dueño de dos solares titulados, uno de la Guardia del Rey y otro de los Manriques, radicantes en el término de Quintanillas de Sotos Cuevas, otorgó escritura en 26.11.1634 ante el Escribano de Medina de Pomar, por la cual dio y cedió en renta y arrendamiento y censo perpetuo enfitéutico el dominio útil de las mismas al Concejo, vecinos y Regidores de aquel pueblo, con varias condiciones entre ellas la de pagarle de canon o renta treinta fanegas de pan mediado (s. 27.9.1870);

— por escritura pública expedida de mandato judicial en el Villar de la Cierva en 31.3.1442 aparece que Pedro Fernández, vecino de Cuenca, dio y vendió a censo enfiteútico al Concejo y hombres buenos de dicho lugar, que estaban reunidos a campana repicada según uso y costumbre, por si y a nombre de los demás vecinos que entonces eran o fuesen en adelante, así como a sus herederos y sucesores, la parte que le pertenecía en la Dehesa de las Parrilladas, obligándose aquéllos a pagar un canon de 650 maravedises (s. 25.4.1874);

— en escritura de 19.2.1580 D. Pedro de Castro Arévalo de Suazo, Presidente de la Audiencia y Chancillería de Granada, y Tello González de Aguilar, del Consejo de S.M. con licencia y facultad del Rey D. Felipe II, hacen constar que a consecuencia de la expulsión de los moriscos del reino de Granada se mandaron repoblar los pueblos de la Vega, Sierra y Alpujarras, obligándose los

vecinos a verificarlo, cultivarlo y mejorarlo en lo posible, y en su consecuencia vendieron a censo perpetuo por juro de heredad y para siempre a los vecinos y nuevos pobladores de Quentar las casas, tierras, viñas y olivares, hazas y huertas y toda la demás hacienda que en dicho lugar y su término pertenezcan y puedan pertenecer a S.M. (s. 30.10.1873).

CAPITULO SEGUNDO

EVOLUCION HISTORICA DE LOS BIENES COMUNALES EN ESPAÑA

PRECEDENTES (*)

I.—Los pueblos indígenas.

II.—La ocupación romana.

III.—Los visigodos.

(*) Al autor no se le escapa la audacia que puede significar para quien no es historiador el pretender escribir la evolución de los bienes comunales desde los vacceos hasta nuestros días. Sin embargo, por considerar que esto era necesario —al menos desde la época de la Reconquista—, asi lo hemos hecho. Conscientes de lo limitado de nuestra formación histórica, hemos procurado utilizar todas las fuentes literarias conocidas, y hemos manejado con la mayor cautela las fuentes documentales. En todo caso, los historiadores tienen la última palabra. Las indicadas limitaciones son aún más marcadas, como es obvio, para el presente capitulo. Por eso nos limitamos a hacer en él una breve referencia a las opiniones más extendidas.

I. PUEBLOS INDIGENAS PRERROMANOS

Ya hemos hecho mención del entusiasmo con que nuestros historiadores decimonónicos acogieron la teoría de las fases de la evolución económica y, en consecuencia, el carácter comunal de las primeras formas de propiedad conocidas en la Península.

La única base concreta de todas estas especulaciones la constituye un texto de DIODORO DE SICILIA (1), quien basándose probablemente en el testimonio de otros historiadores más antiguos, relata la costumbre de los vacceos —a los que califica de particularmente civilizados— de distribuir entre sí las tierras de labor para cultivarlas, y poniendo luego en común los frutos obtenidos por todos, adjudicar a cada uno su parte, con la advertencia de que los que ocultan una porción de su cosecha, sin aportarla al acervo común, son castigados con la pena capital.

Esta referencia, tan curiosa como sucinta, ha dado lugar a las más diversas interpretaciones. Ya en el siglo XVIII aventuraba el P. MASDEU que de esta manera se disponía una alternancia en el trabajo, y las familias se dedicaban asi un año al cultivo y otro al reposo (2). D'ARGOIS DE JUBAINVILLE —citado por COSTA—, entendiendo que la total distribución de los frutos fomenta la pereza de los cultivadores, corrige la página al historiador siciliano y tiene por probable que los vacceos no ponían en común más que una parte ali-

(1) *Biblioteca histórica*, lib. V, cap. 34, 3.

(2) *Historia crítica de España y de la cultura española*, t. III, 1785, pág. 154. En todo caso, mejor que al reposo (!) se dedicarían a la caza o a la guerra.

cuota de la cosecha, y que la porción más considerable de los frutos producidos en cada uno de los campos repartidos cedia en beneficio exclusivo del respectivo cultivador (3).

COSTA, por su parte, sostiene que el texto en cuestión ha de entenderse a la letra sin buscarle sentidos ocultos ni retorcerlo con arbitrarias suposiciones, afirmando en consecuencia que "los vacceos poseían la tierra en común y distribuían los frutos obtenidos de ella entre las familias; únicamente para evitar los inconvenientes que habían debido experimentar en las labores ejecutadas de mancomún, individualizaban el trabajo partiendo el campo en tantas suertes o labranzas como familias había y encomendando el cultivo de cada una de aquéllas a cada una de éstas (4).

Algunos años después, pasada la euforia de la especulación histórica, TORRES ha intentado reducir el alcance del texto de DIODORO, que, por lo pronto, hay que limitar a los vacceos y no a los demás pueblos de la Península. De la grave sanción impuesta a los que ocultaban sus cosechas, deduce la impopularidad de la institución. "Tal vez —añade— la organización colectiva reflejada en el texto había sido fruto de una regresión o de un movimiento de tipo revolucionario; así se explica la dureza de la pena. También nos dice el texto de una manera clara que la tierra se dividía anualmente, pero

---

(3) "Les celtes en Espagne", en *Revue Celtique*, 1893, núm. 4, pág. 376. Cfr. COSTA, *Colectivismo*..., págs. 420-421.

(4) *Colectivismo*..., cit., págs. 421-422. Véase, en general, además, "Islas líbicas: Cyranis, Cerne, Hesperia, 1888. Ensayo de un Plan Historia del Derecho español en la antigüedad", en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1887-1889; "El paraíso y el purgatorio de las almas, según la mitología ibérica", en *Boletín de la Institución libre de Enseñanza*, 1888, núms. 268, 269 y 270; "Inscripción iberolatina de Jódar", en *Boletín de la Institución libre de Enseñanza*, números 279 a 283. Las obras de COSTA —cuya imaginación, no menos que su ciencia, logró una reconstrucción detallada de los pueblos prerromanos españoles— sirvieron de fuente directa de inspiración a los autores de la época que trataron estos temas. Cfr. también sobre este punto, ALTAMIRA, *Historia de la propiedad comunal*, 1890, páginas 106-116, y la bibliografía allí citada.

tal vez no entre los vacceos, sino entre los que estaban obligados a la explotación agraria, presuponiendo esta interpretación la existencia de clases no dedicadas al cultivo del campo, a las cuales había que dar su participación en los frutos de la tierra" (5).

Posteriormente RAMOS LOSCERTALES (6) ha considerado esta forma de explotación como la normal y propia de un pueblo en emigración, tal como debían encontrarse los vacceos en la época de la conquista romana. El fenómeno no tiene así, pues, nada de extraordinario y, desde luego, ninguna relación con los pueblos ya asentados en la Península (7).

Otro texto que nos habla de propiedad comunal (o, más probablemente, municipal) es el decreto de Lucio Emilio Paulo encontrado en el bronce llamado de Alcalá de los Gazules, que acredita la propiedad de la ciudad de Hasta sobre la torre Lascutana y su *ager*.

Deliberadamente debemos rehuir en este capítulo las infinitas especulaciones sobre el tema de la propiedad comunal que lo remoto del tiempo y la escasez e inseguridad de las fuentes nos ofrecen. Los historiadores, por desgracia, no han podido ofrecernos una solución a este problema, y a falta de ella, debe suspenderse el juicio sobre esta época, mejor que aplicar la fantasía en construcciones totalmente gratuitas.

---

(5) *Lecciones...*, cit., pág. 174. Sin embargo, y muy recientemente, PERICOT insiste en la interpretación tradicional del texto discutido, afirmando incluso que "aunque no se cite otro caso de régimen comunal, no es descabellado suponer que podía regir para otros pueblos y que, del mismo modo que las tierras, fueran de propiedad común los terrenos de pastos, los montes y los bosques" (en *Historia de España y América*, dirigida por VICENS VIVES, t. 1, 1951, pág. 62).

(6) *El primer ataque de Roma contra celtiberia*, 1942, pág. 16.

(7) Cfr. también CARO BAROJA, *Los pueblos de España*, 1946, pág. 184, y MALUQUER MONTES, "Los pueblos de la España céltica", en la *Historia de España*, dirigida por MENÉNDEZ PIDAL, I, 3, 1954, págs. 170-171, quien hace suya la tesis de RAMOS LOSCERTALES, aclarando, además, con reminiscencias costianas, que "restos de formas parecidas pueden rastrearse en la especial organización de la tierra comunal y de la propiedad, así como la limitación de la riqueza ganadera que existe en algunos pueblos de las sierras salmantinas".

Sólo conviene añadir, para terminar, que con propiedad comunal, o sin ella, los romanos se encontraron al llegar a España con una situación social enormemente inestable; grandes masas de población se hallaban en la mayor miseria por falta de tierras, y precisamente el anhelo de poseerlas fue utilizado más de una vez por los conquistadores como arma política y militar (8).

II. ESPAÑA, COLONIA ROMANA

La conquista de la Península por los romanos significó ciertamente una grave transformación del régimen jurídico-administrativo de la propiedad; pero no puede afirmarse que fuese radical, ya que por diversas razones subsistieron algunas instituciones características de los pueblos indígenas, que sólo con el lento transcurso de los siglos terminarían fundiéndose con las formas romanas. Proceso que no significa, sin embargo, una absorción de aquéllas por éstas, sino más bien una evolución convergente hacia un sistema común, que en los últimos siglos del imperio difería casi tanto de las primitivas fórmulas romanas como de las de los pueblos conquistados, en cuanto resultado de circunstancias económico-sociales, que se impusieron por encima de los moldes jurídicos tradicionales, a los que obligaron a evolucionar para adaptarse a las nuevas situaciones creadas.

En el complejo mosaico de las diferentes formas dominicales de las provincias romanas, pueden distinguirse tres grupos de propiedad coexistentes: el resultante de una transposición fiel del sistema jurídico romano, el que representa la supervivencia de los sistemas indígenas, y el que se forma

---

(8) COSTA, *Colectivismo...*, cit., págs. 422 y sigs., y los textos de APIANO ALEJANDRINO *(Las guerras ibéricas)*, transcritos por GARCÍA GALLO (traducción CORTÉS y LÓPEZ), en *Historia del Derecho Español*, 3.ª ed., 1943, tomo II, págs. 26 y 27.

con un carácter típicamente provincial, como resultado de las relaciones de colonato.

En cuanto a lo primero, no es este el lugar de hacer un análisis de las diversas figuras dominicales romanas, que excedería con mucho el objeto de este libro. A nuestros efectos bastará hacer una simple referencia a las otras dos variedades aludidas, sin que dentro de ellas, podamos limitarnos a una exposición de los tipos comunales, ya que sólo podrá entenderse el valor de éstos si se les considera dentro del cuadro general de las formas dominicales.

A) *Supervivencia de los sistemas indígenas.*

La realidad de su existencia o, por mejor decir, de su coexistencia con los sistemas romanos, no parece ofrecer la menor duda (9). Los pueblos indígenas que se someten pacíficamente a Roma —lo que en España sucede con bastante frecuencia— logran de ordinario mantener su propio régimen de propiedad (10), a la que se grava no obstante con un tributo, adquiriendo en el sistema romano la naturaleza de *ager provincial*. La ley Julia Municipalis de César (45 a. de J. C.) consagraría esta situación.

Desde el punto de vista de los agrimensores romanos, estos terrenos podían considerarse *ager per extremitatem mensura comprehensus* o *ager arcifinus*. En este último —*qui nulla mensura continetur*— la intervención de los agrimensores romanos es nula, siendo tal libertad consecuencia de algún

(9) Cfr. M. TORRES, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, 2.ª ed., vol. I, 1935, págs. 266-267, y A. GARCÍA GALLO, *Historia...*, cit., tomo I, págs. 104-105. PERICOT (ob. cit., pág. 84), con un criterio simplificador un tanto excesivo, afirma que "los romanos, que eran individualistas, destruyeron la organización comunal existente en algunas zonas de la Península y fomentaron la propiedad privada, dando ejemplo al repartir lotes de tierra entre los veteranos licenciados".

(10) En MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung*, t. I, 1884-1957, pág. 97, puede verse la afirmación y su comprobación en las fuentes romanas.

foedus especial entre Roma y la ciudad en cuestión, que garantiza a ésta la absoluta exención de sus territorios.

El supuesto ordinario había de ser, pues, el del *ager per extremitatem mensura comprenhensus*, cuya razón es clara: en cuanto Roma respeta el régimen de propiedad existente, no se procede a ninguna división o asignación del mismo (que es lo que se realizaba con el *ager divisus et assignatus*, como veremos luego); pero en cuanto este régimen supone una excepción y tributa en su conjunto, interesa proceder a su deslinde y conocer exactamente su extensión. Es curioso que FRONTINO, al hablarnos de este tipo, haya tomado sus ejemplos de la Península Ibérica, citando expresamente a Salmaticenses en Lusitania y a Pallatinicenses (Pallanzas) en la Hispania citerior (11).

Pero con el transcurso del tiempo fueron borrándose estas rígidas diferencias entre el sistema romano y el indígena, propias de la época republicana. Al fenómeno habían de contribuir tanto circunstancias políticas (la aparición y desarrollo del Imperio) como económicas (formación de los latifundios) y sociales (consolidación de las clases de hispano-romanos). De esta manera surge una estructura agraria, que en el Bajo Imperio ofrece las siguientes características: En las asignaciones y divisiones, según la tesis de DOPSCH, podían no estar unidas las tierras que correspondían a cada colono, sino diseminadas en diversas centurias. Por otro lado, quedaban sin dividir y para una explotación común, los *compascua*, y, a veces también los bosques, que eran, como aquéllos, utilizados comunalmente por todos los *vicini*. Cada *vicinus* o *possessor* recibía, pues, un lote integrado por sus tierras en propiedad (propiedad provincial no sometida al *iure* itálico y gravada por tanto con el *tributum*) y un derecho de aprovechamiento en los bosques o prados. Todo el territorio no dividido —los *subcesiva* como los *loca relicta y extraclusa*,

(11) Cfr. MAX WEBER, *Die römische Agrargeschichte*, 1891-1962, págs. 43 y sigs.

quedaban sin medir entre las centurias geométricas y los límites exteriores reales del terreno asignado (12).

B) *Sistemas provinciales consecuencia del colonato.*

Estas formas son las que ahora nos ofrecen mayor interés.

Cuando los pueblos indígenas son sometidos por la fuerza, se les priva de sus tierras que pasan a ser propiedad del pueblo romano, convirtiéndose en *ager publicus*, una parte del cual era de ordinario ocupado posteriormente por los particulares *(agri occupatorii)*.

Los juristas prejustinianeos analizaron perfectamente las consecuencias jurídico-privadas que separaban estos bienes de los que componían la propiedad quiritaria: incapacidad censual, protección jurídica mediante un simple procedimiento interdictal y sólo frente a agresiones de carácter cuasidelictual, ausencia de formas de transmisión y desaparición de relaciones jurídicas en cuanto cesaba la situación real de ocupación. Aunque en substancia —como observa ARIAS RAMOS— "es en realidad un derecho igual al del propietario en un fundo itálico, sin más diferencias con éste que la de pagar un *tributum* al Estado y la de que la *actio reivindicatoria*, de la que el interesado dispone para defender su situación, es una *reivindicatio utilis*... Con la desaparición de la distinción entre suelo provincial y suelo itálico y la consiguiente imposición de tributo a los fundos itálicos, este tipo de señorío general se borra también del Derecho romano" (13).

Pero a nuestros efectos tienen mayor importancia las características jurídico-administrativas del régimen provincial de bienes. El terreno conquistado, el *ager publicus*, sin per-

---

(12) TORRES, en el capítulo de instituciones de la *Historia de España* dirigida por MENÉNDEZ PIDAL, cit., t. II, pág. 325.

(13) *Derecho romano*, 3.ª ed., 1947, pág. 208; cfr. también MARQUARDT, ob. cit., I, págs. 98 y 99.

der nunca su condición pública, se adscribía a una serie de destinos muy diferentes (14):

a) *Repartición entre los individuos para su aprovechamiento individual,* que, a su vez, podía tener lugar de dos maneras:

aa) Cuando no se había fundado una colonia o constituido un municipio, mediante la simple entrega de tierras a individuos aislados determinados *(ager viritanus).* Aunque no se recibe la propiedad, la *assignatio* puede transmitirse por herencia, y está en todo caso sometida al pago de un canon *(vectigal).*

Las asignaciones viritanas son un recuerdo de la repartición por el conquistador de las tierras ocupadas, consideradas como botín, y tal debió ser su forma primitiva. Posteriormente, van adoptando la forma de premios a los soldados veteranos (que es la vez incentivo para el enrolamiento). Así nos describe TITO LIVIO las reparticiones de tierras entre los veteranos de las guerras púnicas, y SUETONIO las realizadas más tarde por César entre veinte mil de sus soldados en el *ager Campanus* y en el *campus Stellatis* (15), entregándose, a falta de terrenos, una cantidad de dinero como pensión de invalidez.

En este tipo de repartición es de gran importancia el que no se realice mediante sorteo. En ello insisten nuestros historiadores (16). No obstante, M. WEBER (17) afirma la posibili-

---

(14) TRIFONE *(Gli usi civici,* 1963, págs. 2-3), con un criterio simplificador, afirma que el territorio de la colonia se dividía en dos partes: una, formada por las tierras cultivables —que se adjudicaba en propiedad a los colonos—, y otra, en la que se comprendían los bosques, pastos y pantanos, que se dividía, a su vez, en tres porciones. La primera se repartía entre los colonos como pertenencia de sus propiedades, la segunda se dejaba al aprovechamiento común de todos los colonos, y la tercera se adjudicaba a la colonia para satisfacer las necesidades comunes. Con el tiempo, los colonos se fueron extendiendo sobre esta última porción, utilizándola mediante el pago de un vectigal.

(15) MAX WEBER, *Die römische Agrargeschichte,* cit., págs. 21 y 18.

(16) TORRES, *Lecciones...,* cit., pág. 266; GARCÍA GALLO, *Historia...,* pág. 105.

(17) *Die römische Agrargeschichte,* cit., págs. 18-22.

dad de que se emplease el sorteo, si bien con carácter excepcional, en las primitivas asignaciones. Sistema, que por motivos prácticos (evitación de injusticias y reclamaciones) llegó a imponerse en la época de las últimas conquistas, aunque tal fenómeno ya no suponga una expresión ortodoxa de las técnicas primitivas, sino una mezcla del sistema de asignaciones viritarias con repartimientos coloniales.

bb) En los casos de fundación de una colonia o de constitución de un municipio, se procedía a una repartición del *ager colonicus* entre los colonos conforme a esquemas geométricos ideales: una línea o camino de ordenadas —*cardo maximus*— y otra línea de abcisas —*decumanus maximus*— en cuyo cruce se alzaba el forum (18). Una vez realizada esta operación, las fases subsiguientes admiten dos variantes: parcelación por *centuriae* o por *scamna*.

Conforme el primer sistema se iban trazando *decumani* y *cardines* a distancias regulares de veinte *actus* (710 m.), formándose un enrejado de cuadrados regulares llamados centurias separados por los *decumani* y *cardines*, que servían de caminos y cuya extensión era de 400 *actus* equivalentes a 200 *jugera*.

El segundo sistema —por *scamna*— ofrece, dentro de su sencillez, una mayor complicación: en él no se forman cuadrados, sino rectángulos, que, cuando son apaisados (los lados más largos son los horizontales) se llaman *scamna*, y cuando son sentados (los lados más largos son los verticales) se llaman *strigae*. Ordinariamente se combinan *scamna* y *strigae*, pero se conocen casos en que todas las parcelas toman la dirección característica de Este a Oeste propia de las *scamna*. La diferencia esencial de este sistema con el anterior estriba en que las *scamna* y *strigae* son parcelas de propiedad individuali-

(18) De ordinario, estas líneas se dirigían hacia los puntos cardinales, pero eran frecuentes las variaciones impuestas por la naturaleza del terreno, especialmente en las zonas montañosas o próximas a la costa. (Cfr. M. WEBER, *Die römische*..., cit., pág. 14.) Una amplia descripción de los ritos que acompañaban a la formación de una colonia puede verse en MARQUARDT, ob. cit., I, págs. 126 y sigs.

zada mientras que las *centuriae* son polígonos o cuarteles, según la terminología moderna, dentro de los cuales se encontraban las distintas parcelas de propiedad particular (19), que de esta manera no aparecen dibujadas en el plano. De donde se deduce que el sistema por *centuriae* era cartográficamente menos perfecto, pero por el contrario, permitía una mayor elasticidad en las parcelaciones (20).

La razón de esta diversidad de sistemas sigue siendo un enigma para los historiadores, y las teorías que pretenden explicarlas se acercan mucho a la simple conjetura (21).

---

(19) En un principio solía dividirse cada centuria en diez lotes o decurias, para otros tantos colonos. En los repartos entre los veteranos de César se asignaba una decuria a tres soldados, a cuyo cuidado se encomendaba incluso la repartición de sus suertes. En los planos más perfectos aparecen relacionados dentro de la casilla de cada centuria los nombres de los diferentes propietarios.

(20) En el plano de Arausio (Orange) —reproducido en los apéndices de la obra citada de MAX WEBER— puede apreciarse perfectamente, no obstante lo defectuoso de su conservación, que la parcelación real de las tierras está muy lejos de la perfección geométrica que los esquemas anteriores parecen sugerir. Las necesidades del cultivo, las peculiaridades del terreno y el paso de los años se encargan pronto de romper la monotonía rectangular de los agrimensores.

(21) Según M. WEBER (ob. cit., págs. 28 y 29), teniendo en cuenta que FRONTINO destaca que la repartición por *scamnatio* era la forma mediante la que *arva publica in provinciis coluntur,* no puede dudarse que este sistema debió ser empleado, de acuerdo con la teoría gromática, cuando iba a repartirse terreno público sin convertirle por ello en privado, y concretamente en los casos en que los campos se entregaban gravados con un canon o impuesto o cualquier tipo de contraprestación; mientras, por el contrario, cuando el colono adquiría la plena propiedad, se empleaba el sistema de las centurias y las asignaciones. De lo cual resulta que el sistema centurial se aplicó en las colonias *civium romanorum juris italici,* y en las reparticiones viritanias en las que se concedía una plena propiedad de naturaleza romana; y el sistema *per strigas et scamna* se aplicaba a todos los *agri vectigales,* repartidos como tales por los funcionarios romanos y cuyo canon correspondía al Estado, y, además, a los territorios provinciales que se concedían a sus antiguos poseedores, o a otros nuevos, mediante una contraprestación en dinero o en especie. Y ya en el terreno de la conjetura, entiende este autor que las formas híbridas de repartición, en las que se empleaban conjuntamente ambos sistemas, bien pudieran corresponderse con la también híbrida forma de propiedad del *ager privatus vectigalisque.*

GARCÍA GALLO rechaza expresamente esta teoría (que es también la de MOMMSEN), considerando como más segura —aunque tampoco probada— la de MEITZEN *(Siedlung und Agrarwesen der Westger-*

En todo caso, en la práctica, con ambos sistemas sólo se adjudican los terrenos más inmediatos a la colonia urbana: fuera del perímetro de las centurias se extienden los campos que los nuevos colonos no pueden atender: *subcisiva;* e incluso algunas parcelas quedan sin sortear cuando faltan brazos y permanecen incultas como *ager extraclusus* en espera de un solicitante cuando se aumente la población. Por último y por diversas razones —naturales, religiosas, militares— se excluyen expresamente de la asignación otras zonas, ordinariamente reducidas: *loca excepta et relicta.*

Cuanto queda dicho parte del supuesto de que los *territoria* colonizados se hallan absolutamente carentes de propietarios indígenas, bien por tratarse de un desierto o bien, caso más frecuente, por haber sido despojados los pueblos vencidos. En ocasiones, sin embargo, como es sabido, se respetaba a los indígenas su posesión, separándose rigurosamente sus campos —al menos durante los primeros años— de las nuevas colonias. Pero a veces sucedía que en el territorio en que se instalaba la colonia se encontraban ya ocupadas algunas parcelas diseminadas, a cuyos propietarios se respetaban, lo cual había de acarrear peculiaridades muy interesantes en el momento de trazar las centurias. Según SICULO FLACCO se empleaban aquí tres sistemas: o bien se respetaban íntegramente los campos del indígena *(redditum suum)* excluyéndoles de la participación o bien se les incluía, pero se compensaba al antiguo propietario con nuevas parcelas *(commutatum pro suo)*, o bien se conjuntaban ambos sistemas *(redditum et commutatum pro suo)*, respetándosele las parce-

---

manen und Ostgermanen, I, 1895, págs. 315 y sigs.) y BEAUDOUIN ("La limitation des Fond de terre", en *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, 1893-94, pág. 87), que creen se utilizaba un sistema u otro según la naturaleza del terreno a dividir y las facultades de su realización. En contra de la tesis weberiana invoca un texto de FRONTINO que atestigua la aplicación de la *scamnatio* al suelo itálico, libre, por tanto, de vectigal. Pero conviene advertir que dicho texto —y con él la objeción— no fue desconocido por M. WEBER, quien da una larga, y más o menos plausible, explicación del mismo (en las págs. 30-34).

las que no estorbaren a los nuevos planes y absorbiéndolas en otro caso (22).

cc) *ager viarii vicani*. La ley agraria del año 643 nos da noticia de una nueva forma de concesión individual de tierras: mediante *senatus consulto* se adjudicaba la posesión de las parcelas colindantes con las grandes vías públicas con la carga del sostenimiento y conservación de estas últimas, que de otra manera hubiera sido verdaderamente onerosa para la Administración. En el fondo, este sistema se encuentra en la línea de los más puros principios del antiguo derecho romano: recuérdese que la ley de las doce tablas imponía ya a los colindantes *(amsegetes)* la obligación genérica de mantener los caminos en buen estado, pues de otra suerte estaban autorizados los caminantes a pasar por los fundos adyacentes.

Por lo que respecta al *ager viarii vicani* no ha podido dilucidarse si la obligación de conservación se imponía directamente a los fundos o a las poblaciones que se encontraban a lo largo de las vías, quienes luego habían de repartir las cargas y los gastos resultantes entre sus vecinos, y en proporción a sus propiedades (23).

b) *Terrenos reservados al Estado.*

aa) *Saltus et fundis:* campos que se reserva directamente el Estado (luego el Emperador) para su explotación (24).

bb) *Ager questorius:* campos que el Estado se reserva pero no para su explotación, sino para su venta posterior a medida que vayan aumentando la población o las necesida-

---

(22) M. WEBER, *Die römische...*, págs. 17 y 18.

(23) Así parece más lógico en razón a la cuantía de los gastos y a la complicación técnica de las obras a realizar. Tal es la postura de M. WEBER (ob. cit., págs. 143-147), quien fundamenta su tesis por analogía con los *navicularii*, corporaciones a quienes se encomendaba coactivamente el transporte naval de cereales a Roma, y que luego repartían los gastos entre sus socios.

(24) TORRES, *Lecciones...*, cit., pág. 266; GARCÍA GALLO, *Historia...*, pág. 106.

des públicas. Su característica esencial es, pues, que no se asignan, como de ordinario, gratuitamente y mediante el pago de un canon, sino sin canon o, a lo sumo, uno de reconocimiento de propiedad —pero contra el pago de un precio. Ahora bien, la propiedad sigue reservada al Estado, quien lo único que vende es un *utis fruis licere*. Según testimonio de LIVIO este negocio jurídico se encaja en la figura de venta con pacto de retro (siquiera el retro fuera inimaginable, aunque siempre posible) como forma rudimentaria de satisfacer las necesidades urgentes del Erario (25).

cc) Terrenos afectados a la colonia, municipio u otras instituciones públicas como templos, etc.

c) *Terrenos que ni son reservados ni son repartidos.*

Ha llegado el momento de analizar la naturaleza jurídica y régimen de aquellos territorios que ni fueron reservados al Estado (o Emperador) ni fueron repartidos: campos cuyas formas de aprovechamiento hubieron de ser comunes o comunales, y para cuyo estudio nos ha sido preciso hacer previamente el examen que antecede sobre el régimen general de propiedades (26).

---

(25) Esta interpretación procede de MOMMSEN. Cfr. M. WEBER, *Die römische...*, págs. 36-43, con una descripción detallada de sus particularidades agronométricas.

(26) Conviene recordar, sin embargo, que hay una corriente doctrinal muy amplia —y que puede considerarse ya un tanto pasada de moda—, que insistiendo en el mítico carácter individualista del pueblo romano, pone en duda la existencia de estas formas comunes de aprovechamiento, o las da un carácter excepcional. Un resumen de opiniones puede verse en GRANITO, *Usi civici*, cit., págs. 7 y sigs., a las que se adhiere el mismo con ciertas reservas: "también a nosotros nos parece que los usos cívicos, con todos sus caracteres peculiares de propios y verdaderos derechos reales, no encontraron acogida en las leyes romanas, que se inspiraban en la concepción individualista de la propiedad privada y exclusiva. No obstante, a nuestro modo de ver, pudieron subsistir estos usos, junto a la propiedad privada, como un estado de hecho, no previsto por las leyes, resultante de la naturaleza misma de las tierras sobre las que se ejercían" (por ejemplo, zonas montañosas). Recuérdese también la opinión de PERICOT, arriba citada.

aa) *Ager ocupatorius.*

Son los terrenos que por su alejamiento de los centros de población y por la escasez de demanda quedaban abandonados y sin repartir. Al aumentar las necesidades de la colonia y su capacidad agrícola iban siendo progresivamente "ocupados", mediante roturación. El ocupante no adquiría un derecho de propiedad, sino de posesión —que podía ser, incluso, transmisible— gravada, además, con el pago de un diezmo de las cosechas y un quinto del fruto de los árboles (27).

En todo caso, la ocupación real de estos terrenos no fue llevada a cabo en líneas generales por el campesinado colonial (28), sino que, por tener lugar en una de las épocas de más desenfrenado capitalismo que conoce la historia, fue realizada por los caballeros romanos y grandes propietarios: la tierra no fue aquí considerada como base del cultivo, sino como objeto de especulación (29). El desarrollo de este pro-

---

(27) TORRES, *Lecciones...*, cit., pág. 226; GARCÍA GALLO, *Historia...*, cit., pág. 105. Autores como MOMMSEN, BRUNS y WEBER distinguen, por su parte, entre *ager occupatorius* y *ager occupaticius*. En un principio, se comprendían con este nombre los territorios conquistados a los enemigos de Roma y ocupados con el deber de pagar un impuesto. M. WEBER concretamente *(Die römische...*, págs. 127-128, nota) identificaba al *ager occupatorius* con el *ager arcifinus* de la terminología de los agrimensores, y con el *ager Gabino* en el lenguaje augural, mientras que el *ager occupaticius* sería el resultado de las posesiones provenientes del *Bifanc-Recht* (roturaciones). Según FESTUS: *ocupaticius ager dicitur qui desertus a cultoribus frequentari propiis, ab aliis occupatur.* Sobre el posible origen no romano del sistema *Bifanc* o de roturaciones, cfr. BENEYTO, *Notas...*, pág. 75, con abundante bibliografía.

(28) El sistema se presenta, sin embargo, muy eficaz en los momentos en que oficialmente se fomenta la producción agrícola, favoreciéndose el *ius colendi* mediante la ocupación de tierras incultas, como se expresa en la Ley Manciana: de acuerdo con ella, los colonos solicitan en la inscripción de Ain-el-Djemala *dare nobis eos agros qui sunt in paludibus et in silvestribus, instituendum olivetis et vineis* (cfr. BENEYTO, *Notas...*, pág. 73).

(29) Si el *ager occupatorius* o *arcifinus* es el *ager publicus* ocupado por los aristócratas, el *ager scripturarius* es el susceptible de ser aprovechado (en cantidad limitada) por el ganado de todo ciudadano, sin otra condición que la de declararles en los registros públicos y pagar una contraprestación. Cfr. BURDESE, *Studi sull ager publicus*, 1952, págs. 15 y sigs.

ceso agrario aceleró la inestabilidad social de la época, cuyas diferencias y convulsiones sociales se produeron en buena parte por la coexistencia de grandes propietarios y de desheredados de toda fortuna, quienes en el apogeo de la Roma republicana ya se encontraban sin posibilidad real de conseguir nuevas tierras. Las leyes licínias —al imponer un máximo de ocupación de 500 yugeras y de suelta de más de cien cabezas mayores y quinientas menores— constituyen un loable intento de detener este estado de cosas, que desgraciadamente no tuvo efectividad.

El proceso se encauzó en una vía falsa —engañosamente tranquila y que había de desembocar en la liquidación del imperio— cuando el desheredado campesinado se convirtió en un proletariado urbano que perdió su interés por la vida rural. A partir de este momento, las nuevas reparticiones administrativas de tierras de nada sirvieron, puesto que los adjudicatarios se apresuraron a enajenarlas a sus ricos patronos, sin que los esfuerzos de los Gracos, Sila y César por detener esta acumulación de capitales, mediante la declaración de inalienabilidad de estas parcelas, tuvieran el menor efecto (30).

Con el paso del tiempo el derecho de roturación va irradiándose hacia las zonas periféricas del imperio. El *ager publicus* desaparece casi por completo del corazón del mismo: los últimos repartos de importancia los realiza César entre

(30) Los Gracos (133) habían intentado adaptar las leyes licinias (196) a la realidad social ampliando la posibilidad de la ocupación de otras 250 yugeras (además de las 500) por cada dos hijos y prohibiendo nuevas ocupaciones para el futuro; restituidas al Estado en lo posible las tierras usurpadas por los patricios, según el cálculo de la tasa legal, y parceladas en lotes de treinta yugadas, habían de sortearse entre los ciudadanos y los socios itálicos para que las poseyeran en la calidad de que se ha hecho mención más arriba, al iniciar este apartado; la repartición se instituía con carácter permanente, encomendándose al efecto a ciertos funcionarios repartidores, llamados triunviros, la misión de ejecutar la ley y decidir las contiendas que se suscitasen en su aplicación, e incluso adquirir tierras por cuenta del Estado cuando el *ager publicus* se hubiera agotado. El fracaso de esta solución condujo a las leyes del año 643, que terminaron borrando toda diferencia jurídica entre el *ager privatus* y el *ager publicus* ocupado.

sus veteranos y Domiciano procede a la liquidación de los *subcesiva* (31). Con ello pierde el *ager publicus* su antigua significación política y social; ahora juegan sus restos un papel puramente económico, y tan sólo en el orden local (32).

bb) *Ager compascuus.*

Buena parte del *ager occupatorius* —precisamente por su condición de inculto— se encuentra dedicado a pastos o es susceptible, al menos, de este aprovechamiento, constituyendo los *pascua publica.* Estos pastos no deben confundirse con el *ager compascuus* (33), el cual(al menos ya en tiempo de los gromáticos) se adjudica a los poseedores de fundos vecinos *(proximi)* quienes tienen un derecho de pastoreo colectivo sobre el mismo (34); derecho que se configura como

(31) La evolución de este largo proceso ha sido descrita minuciosamente por MARQUARDT, ob. cit., pág. 99-126.

(32) Según BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto,* 1897, pág. 283), todavía quedaban en España importantes subcesivas (al menos en los mapas) en tiempo del segundo Hygino. Cfr. BENEYTO, *Notas...,* cit., pág. 70.

(33) La diferencia jurídica más notoria aparece, como es obvio en el Derecho romano, en el campo procesal: sobre el *ager compascuus* existe un *jus* en sentido técnico *(jus compascere,* dice CICERÓN), es decir, una pretensión jurídico-privada, procesalmente protegida; lo que no sucede respecto a los *pascua publica.* Sin embargo, los romanistas no han determinado con seguridad la acción precisa que protegía este derecho. Parece ser que en tiempos de Cicerón se trataba de la *actio injuriarum;* para épocas anteriores, M. WEBER *(Die römische...,* págs. 121-122) supone que los litigios se ventilarían mediante una *controversia de modo.*

(34) El afán pandectista del siglo pasado hizo que algunos autores, como RUDOLFF, se esforzaran en encajar este derecho dentro de las servidumbres justinianeas; lo que no pudo prosperar durante mucho tiempo. Una actitud decididamente privatística adopta en España BENEYTO, para quien se trata de bienes de *propiedad privada,* "no sólo porque el carácter exclusivo de su utilización por los particulares no permite encasillarlos como bienes públicos, sino, principalmente, por dos hechos fundamentales: *a)* textos de jurisconsultos hacen notar que tales "compascua" consorciales no eran siempre, como pretende hacer BRUGI, una concesión para uso particular de "pascua" públicos; hay claras alusiones a bienes de ese tipo que tienen su origen en un acto de disposición tan típicamente privado como la compraventa de bienes entre dos personas particulares; *b)* la afirmación de sentido universal y en modo alguno privativamente excepcional que los pasajes de los gromáticos aportan en favor de que esos bienes correspondan a los posesores próximos o vecinos.

anejo o pertenencia de su fundo, y con él se transmite (35).

Las características de estos bienes han inducido a autores bien notables (36) a señalar un indudable parentesco con la *Allmende* germánica (no obstante la ordinaria disociación que se atribuye a ambos sistemas jurídicos) sin que falten argumentos para ello: el *ager compascuus* —a diferencia del *ager publicus* y al igual que la *Allmende*— es insusceptible de ocupación exclusiva, de libre pastoreo (por los no legitimados) y de ser dividida por el ejercicio de la *actio communi dividundo*. A lo cual aún podría añadirse el proceso histórico-jurídico de su desaparición mediante la usurpación de los latifundistas o su pulverización por los campesinos (37).

Nos encontramos, pues, con que ni por el origen, ni por la utilización, ni la propiedad, ni siquiera el goce de tales *compascua* cabe dentro de los conceptos del derecho público" (*Notas*..., cit., páginas 52-53).

(35) Esta institución nos es conocida fundamentalmente gracias a los textos de los agrimensores, especialmente los siguientes: FRONTINO (*De controversis agrorum*, Ed. Lachmann, pág. 15): *Est et pascorum propietas pertinens ad fundos, sed in commune; propter quod ea compascua multis locis in Italia communia appellantur quibusdam in provinciis pro indiviso*. SICULO FLACCO, *Inscribuntur et compascua; quod est genus quasi subcesivorum, sive loca quae proximi quique vicini, id est qui ea contingunt, pascua*..., y dos lugares de HYGINO, *In his igitur agris* (los sobrantes dispuestos para la venta) *quaedam loca propter asperitatem aut sterilitatem non invenerunt emptorem. Itaque in formis locorum talis adscriptio id est in modum compascuae, aliquando facta est, et tantum compascuae; quae pertinerent ad proximos quosque possessores, qui ad ea attingunt finibus suis. Quod genus agrorum, id est compascuarum, etiam nunc in adsignationibus quibusdam incidere potest (De condictionibus agrorum)*, y por otra parte, *Si compascua aut silvae fundis concessae fuerint, quo jure datae sint formis inscribemus. Multis colonis immanitas agri vicint adsignationen, et cum plus terrae quam datum crat superesset, proximis possessoribus datum est in comune nomine compascorum: haec in forma similiter comprehensa ostendemus. Haec amplius quam accepterunt, sed ut in commune haberent. (De limitibus constituendis)*, cfr. BURDESE, *Studi*..., cit., págs. 40 y sigs.

(36) Cfr. especialmente F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, 1914, II, págs. 53 y sigs., y M. WEBER, *Die römische*..., cit., págs. 122 y sigs. Según este autor, el proceso colonizador significó ya un rudo golpe para las *Allmendes* indígenas, que ordinariamente se parcelaron en una buena parte. En contra, BENEYTO, *Notas*..., pág. 72.

(37) A todas y cada una de estas afirmaciones presta sentido un texto de FRONTINO (págs. 15-26), *certis personis data sunt depascenda, sed in communi: quae multi per potentatem invaserunt et colunt*.

Junto con esta variedad de *ager compascuus* coexiste otra que se caracteriza por no ser de propiedad colectiva (o corporativa) de los vecinos, sino auténtica "propiedad privada de personas públicas" (38), los municipios. Estos bienes eran respecto a las ciudades, lo que los fiscales respecto a la Hacienda general; no podían ser vendidos y se explotaban mediante arrendamientos que no podían hacerse por más de cinco años, limitándose la intervención y poder de los curiales en su administración (39).

Las circunstancias políticas y sociales del momento hacen que estos bienes vayan absorbiendo al *ager compascuus* primeramente descrito. En el apogeo de la época republicana esta variedad de bienes comunales en sentido propio ha desaparecido casi por completo convirtiéndose en bienes municipales o, más sencillamente, en *ager publicus*. En todo caso se trata de pertenencias fundiarias de naturaleza jurídica perfectamente definida sin necesidad de acudir a especulaciones históricas sobre su parentesco con instituciones afines del Derecho germánico. El tipo de lo que podría llamarse *Allmende* romana nunca ha logrado aparecer con cierta claridad en los textos conocidos, de aquí la natural suspicacia de los modernos historiadores frente a los que especulan sobre su existencia.

Sea como fuere, el fenómeno en concreto tiene muy fácil explicación: se trata de una expresión del creciente intervencionismo estatal que había de destruir este tipo de terrenos. Los primeros pasos de esta liquidación serían —según M. WEBER (40)— la extensión del canon de aprovechamiento *(scriptura)* a estos bienes y a la regulación de las

---

(38) Así TORRES, *Lecciones...*, pág. 272, quien añade "y empleamos intencionadamente esta expresión".

(39) Una regulación de los bienes de este tipo aparece en el capítulo 82 de la *Lex Coloniae Genitivae Julia*. Ordinariamente suelen distinguirse aquí como variedad diferente los bienes asignados —no ya a la colonia—, sino al *ordo* de los colonos. Cfr. BRUGI, *Le dottrine giuridiche...*, cit., págs. 324 y sigs. La idea procede de RUDOLFF.

(40) *Die römische...*, cit., págs. 132-134.

cabezas que podían soltarse. Una vez iniciado este camino, el fin lógico sería la absorción total.

Al estudiar BENEYTO el régimen comunal romano ha puesto precisamente el énfasis en estos bienes municipales, cuya liquidación posterior fue el origen de buena parte de las estructuras fundiarias posteriores, ya que "los bienes de las ciudades o del *ordo* de los ciudadanos pudieron pasar a manos de un grupo consorcial, unión de terratenientes para el disfrute del *ius compascendi* o bien cayeron en la masa fundiaria de un latifundista. La suerte futura debió ser diversa en uno y otro caso. Los bienes de las ciudades que pasan a manos de un grupo consorcial integran uno de tantos ejemplos de *propietas pertinens ad fundos* sobre la cual los consortes, sólo a título de terratenientes, participan en el aprovechamiento. Por el contrario, los bienes de ciudades que son adquiridos, ocupados o usurpados por un *potente* dueño de un latifundio o *saltus* próximo, pasan a ser una parte de ese latifundio, convirtiéndose en una parcela más de ella, sobre la cual nadie tiene, como no sea el propio dueño, derechos de uso, derivados de su cualidad de terrateniente; por lo tanto, no existía sobre tales *compascua* un goce colectivo por derecho propio. Y sobre ellos, sin embargo, no tarda en nacer un aprovechamiento de tipo personal, contrastando con el de los consocios...: la gente agrícola que trabaja en la *villa* o en el *saltus* utiliza para las diversas necesidades de leña o pasto aquella parte inculta que es el *compascua* del latifundio" (41). He aquí, pues, que las viejas y eternas formas de los aprovechamientos comunales renacen bajo una nueva expresión que se encaja, por primera vez, en un sistema jurídico desarrollado. En la decadencia del Imperio, al iniciarse la relajación estatal, los bienes comunales son los primeros en escapar de su ámbito, si bien no fuera —como hubiera sido lo deseable— para volver a los vecinos directamente.

---

(41) *Notas...*, cit., págs. 72-73.

cc) *Baldíos.*

La existencia de baldíos en la época romana está consagrada en el título LVIII del libro XI del Código de Justiniano *(De omni Agro Desserto)* y ya anteriormente en el título XV del libro V del Código Teodosiano *(De Agro Desserto)*. Pero no debe suponerse que se trataba aquí de terrenos a los que no se extendió la ocupación colonizadora. Ya hemos visto que los grandes terratenientes llegaron a agotar prácticamente los subcesiva. El origen de estos baldíos es más bien posterior: cuando el régimen latifundista entró en una descomposición provocada por la falta de brazos, dado que los pequeños cultivadores libres habían sido absorbidos, y los esclavos no eran suficientes para atender las necesidades del campo. De aquí precisamente que fueran adquiriendo los baldíos cada vez mayor importancia con el transcurso del tiempo y encontraron mejor acogida en las leyes (42). Los baldíos, tal como aparecen configurados en el Bajo Imperio, reunen dos notas características: Se trata de bienes que ya tienen un propietario (no son, pues, del Emperador) y el hecho de que se encuentren desiertos se debe al abandono e incuria del mismo. El Estado tiene un gran interés político y económico en que estos bienes vuelvan a cultivarse y, por tanto, se fomenta en principio, su ocupación.

Las más importantes consecuencias que de aquí se deducen son las siguientes: 1.° Si el antiguo propietario reaparece, ha de respetarse su propiedad, y el nuevo ocupante debe desalojar el campo, si bien se le reconoce el derecho a los gastos por mejoras. 2.° Este derecho dominical se encuentra, sin embargo, fuertemente socializado, en el sentido de que se impone al antiguo propietario, como condición para que recupere sus tierras, la promesa de reanudar el cultivo. De

(42) En el siglo IV la despoblación de los campos empieza a adquirir proporciones alarmantes: la Hacienda del Emperador y la economía en general se encuentran en peligro. Para contrarrestar esta tendencia se obliga a los cultivadores a permanecer en sus tierras de una manera definitiva, provocándose así el nacimiento de una nueva clase social.

no prestar este compromiso, se afirma al nuevo ocupante en la posesión, porque se entiende que debe prevalecer el interés económico al individual. 3.° Como segunda condición se impone el deber de pagar al Fisco los impuestos adeudados por los años de abandono; en cambio, si es el nuevo ocupante el que va a permanecer, sólo se le exige los impuestos desde el momento de la ocupación, al objeto de no poner obstáculo a las roturaciones por el temor de tener que pagar demasiados impuestos atrasados.

III. LA EPOCA VISIGODA

El sistema fundiario experimenta una radical transformación con las invasiones bárbaras. El resultado puede sistematizarse en los siguienes tipos:

A) Propiedad individual.

Sobre ella no vale la pena insistir, dada la abundancia de fuentes. Todos los visigodos reciben tierras en propiedad individual, pero existen hispano-romanos que carecen de ellas, bien porque no las tenían antes o porque las han perdido con los trastornos militares y políticos de la invasión. Ahora bien, esta propiedad individual está sujeta a limitaciones y cargas, como se irá viendo a continuación.

B) Propiedad consorcial

Pertenece en comunidad a varios consortes —godos y romanos—, que en el momento de la ocupación no consideraron oportuno dividir en parcelas su propiedad individual (43).

(43) Esto supone una fase de copropiedad de carácter transitorio mientras no se realiza la división entre godos y romanos, cuya

En principio, es suceptible de dos variedades de aprovechamiento, cuya regulación nos es conocida:

a) *Destino pecuario.*—A él se dedica la Ley VIII, 5.2, Antiqua del *Liber iudiciorum* (44), cuya interpretación es bastante confusa. Según TORRES —que no reconoce expresamente el carácter consorcial de esta propiedad—, esta Ley no sólo establece el aprovechamiento común de los pastos, sino que indica la proporcionalidad en que los consortes pueden enviar sus ganados a los pastos comunes, y que es análoga a la que sirvió de base a la división de las tierras. Por estos

---

existencia ha sido muy discutida. Para la literatura, en pro y en contra, cfr. TORRES, "El Estado visigótico", en *Anuario de Historia del Derecho español,* III, 1926, págs. 403 y 404. Este autor se manifiesta decididamente en contra, ya que, según él, la división material se realizó a partir del primer momento, por lo tanto, "sólo si se reduce tanto el plazo de copropiedad hasta considerar que existió ésta el tiempo materialmente necesario para proceder y completar las operaciones de división, puede admitirse tal tesis". Pero aun admitiendo esta postura, es forzoso admitir, en nuestra opinión, que este tipo de copropiedad se extendió durante un plazo relativamente largo. Otra cosa sería desconocer el mecanismo y procedimientos de una explotación agraria técnicamente poco desarrollada: la puesta en cultivo no puede improvisarse, siempre se inicia con las parcelas más favorables, dejándose el resto para pastos, y luego se va progresando gradualmente a medida que se afirma la organización de la empresa agraria. A estas ampliaciones sucesivas —que no podían tener lugar demasiado rápidamente por falta de medios materiales y humanos— se refieren precisamente las leyes del Liber que se comentan seguidamente en el texto.

La Ley Burgandia (tit. 17) es a este respecto mucho más explícita que la visigoda: *Agri quoque communis nullis terminis limitati exaequationem inter consortes nullo tempore denegandam. Silvarum montium et pascui ius, et unicuique pro rata possessionis suppetit, esse commune;* que SAVIGNY traduce de la siguiente manera: "tratándose de parcelas comunes, todo propietario puede en cualquier tiempo, y sin temor a la prescripción, pedir una partición real, siempre que no se trate de terrenos limitados". Y aclarando este último concepto, añade el mismo autor: "la partición de las parcelas cultivadas podía hacerse en todo tiempo, pero todos los terrenos de pastos, tanto los montuosos como los de llano, debían seguir siendo comunes" *(Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter,* t. II, 1834-1961, páginas 34 y 35).

(44) *De porcis inter consortis ad glandem in communi fructu susceptis — Si inter consortes de glandibus fuerit orta contentio pro eo, quod unus ab alio plures porcos habeat, tunc qui minus habuerit, liceat ei secundum quod terram dividit porcos ad glandem in portione sua suscipere, dummodo aequalis numerus ab utraque parte ponatur; et postmodorum decimas dividant, sicut et terras diviserunt.*

pastos habían de pagarse los diezmos acostumbrados, y luego repartirse los ingresos entre los consortes (45). Pero, como observa GARCÍA GALLO (46), este autor olvida que el texto habla de que surge un conflicto entre los consortes, precisamente por tener un número desigual de cerdos y de que este se resuelve teniendo los dos igual número; por otra parte, si el número de cerdos guarda proporción, si los dos consortes pagan el diezmo por sus cerdos y el total se reparte también proporcionalmente, nos encontramos con una serie de operaciones superfluas. La tesis de PÉREZ PUJOL consiste en atribuir un aprovechamiento igual entre todos los consortes, que en caso de discordia pueden soltar el mismo número de ganados, pero una distribución desigual de los diezmos, es decir, proporcional a sus propiedades (47).

b) *Destino agrícola.*—Está regulado en la Ley X, 1,9, Antiqua del *Liber iudiciorum* (48), cuya interpretación literal no ofrece dificultades: era libre el derecho de roturar las selvas comunes, indivisas, pero los romanos podían reducir a cultivo hasta la mitad de la selva, dejando la otra mitad a los godos, pero perdiendo lo que cultivasen en más de la mitad. E igual derecho tenían los godos con relación a los romanos (49). El problema, aún sn dilucidar, está en determinar la razón de esta diferencia de trato respecto de los aprovechamientos pecuarios y los restantes de la economía agrícola. Por lo demás, este texto nos demuestra hasta qué punto se encontraban los visigodos alejados, en contra de lo que ha pretendido algún autor alemán (MELICHER), de la

(45) *Lecciones...*, cit., II, pág. 139.

(46) *Historia...*, cit., pág. 312.

(47) *Instituciones sociales...*, cit., IV, pág. 312.

(48) *De silvis inter Gotum et Romanum indivisis relictis. De Silvis quae indivise forsitan restiterunt, sive gotus sive romanus sibi eas adsumpserit, fecerit fortasse culturas, statuimos, ut si adhuc silva super est, unde paris meriti terra eius, cui debetur, portioni debeat compensari, silvam accipere non recuset. Si autem paris meriti, quae compensetur, silva non fuerit, quod ad culturam scisum est dividatur.*

(49) PÉREZ PUJOL, *Instituciones...*, cit., IV, pág. 312; TORRES, *Lecciones...*, cit., II, pág. 138; GARCÍA GALLO, *Historia...*, cit., pág. 312.

constitución agraria comarcana *(Markverfassung)* de tipo germánico, de la que tendremos ocasión de ocuparnos con algún detenimiento.

C) Propiedad comunal.

En un texto significativo de San Isidoro (50), en el que se conserva la vieja denominación de *ager compascuns*, se la considera como un resto dejado en común por los que realizaron la división para pastos de los vecinos. De acuerdo con ésto, es claro su origen anterior a las invasiones: Se trata sencillamente de una supervivencia de los *compascua* romanos (51). Acostumbran nuestros historiadores a relacionar este texto con un fragmento de la Ley VIII, 5,5, del *Liber* en que también se hace mención de pastos comunes (52), considerando como punto central del tema el salvar una aparente discordancia, a saber, que San Isidoro habla de vecinos, y el *Liber* de *consortes vel ospites*. Diferencia que Pérez Pujol explica considerando que "dada la extensión que entonces tenía la servidumbre de la tierra y la condición semiservil de los colonos, no quedaban o quedaba apenas en el campo jornaleros mercenarios, ni más trabajadores libres que los propietarios en pequeño, *possessores* romanos y *con-*

(50) *Compascuus ager dictus, qui a divisoribus agrorum relictus est ad pascendum communiter vicinis (Etymologiae,* XV, 13, 9).

(51) Pero es dudosa la afirmación de Pérez Pujol *(Instituciones...,* cit., IV, págs. 348-349) de que son "incluso anteriores a la dominación romana, y que cobran nueva vida en el Fuero Juzgo por la influencia del espíritu germánico". En un trabajo, ya antiguo, de Torres, se reconoce expresamente que "los *compascua* romanos subsisten en la España visigoda. Motivos de técnica económica agraria aconsejaron la no división de dichos *compascua* entre los godos y los romanos, y asi, debe pensarse que todos los godos que entraron en alojamiento con todos los romanos, que tenían derechos de pastos, etc., en un monte común, adquirieron el derecho de la participación en los pastos" ("El Estado visigótico" en *Anuario de Historia del Derecho Español,* III, pág. 40).

(52) *Consortes vero vel ospites nulli calumniae subiaceant, quia illis usum erbarum, quae concluse non fuerant, constat esse communem,* cfr. Pérez Pujol, *Instituciones Sociales...,* cit., págs. 348-349, y García Gallo, *Historia...,* cit., pág. 312.

sortes godos, o cultivadores con título como de locación, bucelarios y precaristas, es decir, los elementos que en conjunto formaban el concejo rural, el *conventus vicinorum* del Fuero Juzgo de San Isidoro" (53); o como dice TORRES, "la comunidad de pastos se establecía entre *todos* los *consortes vel hospites* del lugar, que integran el conventus publicus vicinorum" (54).

Pero, a nuestro modo de ver, las cosas distan mucho de ser tan claras y, sobre todo, el verdadero problema estriba en determinar la auténtica naturaleza de estos comunes de la ley VIII, 5,5 del *Liber* y concretamente su relación con la ley VIII, 5,2. Como acabamos de ver, para GARCÍA GALLO se trata de dos variedades diferentes: una es propiedad común de consortes y la otra propiedad común de todos los propietarios de un lugar, sean o no consortes (55).

Por lo pronto hay que examinar la ley completa, por imperativo metodológico, sin pretender sacar conclusiones de una de sus frases aisladas (56). Y del texto completo se deduce —como indica TORRES— la íntima relación entre ambos preceptos, ya que las disposiciones de la ley 5 se remiten a las anteriores. Ahora bien, las leyes anteriores para nada hablan de propiedad comunal, sino muy claramente de propiedad individual (57), o, a todo lo más, de propiedad con-

(53) Ob. y lugar citados en la nota anterior.

(54) *Lecciones...*, cit., pág. 138. El subrayado es mío.

(55) HINOJOSA reconoció también este tipo de propiedad comunal, al lado de la consorcial, al dar una descripción sumaria del sistema visigodo de esta manera: parte de la tierra asignada a godos y romanos quedó proindiviso para disfrute de los copropietarios y las había también para todos los propietarios de cada distrito rural (*El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, 1905, pág. 50).

(56) *Si quorumcumque animalium grex in pascuis intraverit* ALIENIS. *Si in pascua grex* ALIENUS *intraverit, seu ovium sive vaccarum, hoc, quod de porcis constitutum est, precipimus custodiri. Consortes vero vel ospites..., etc. Qui vero* SORTEM SUAM TOTAM FORTE CONCLUSERIT ET ALIENA *pascua absente domino invadit, sine pascuario non praesumat, nisi forsitam dominus pascue voluerit.*

(57) Ley 1: *Qui porcos in silva sua...*; ley 3: *silvam alienam;* ley 4: *Qui porcos errantes in silvae sua...*

sorcial (58), ¿cuál es entonces el significado de *constat esse communen?* En ningún caso debe entenderse que sea común a todos —sean los vecinos o sean los consortes vel hospites— ya que la primera frase de la ley habla de gentes para quien no es lícito el aprovechamiento: *pascuis alienis.* Con lo cual se reduce enormemente su campo de aplicación, ya que no se refiere a los *vicini* (y tampoco a los *iter agentes* pues se hubiera hecho mención expresa de ellos), sino sólo a los *consortes vel hospites;* pero no a todos en general en cuanto formando parte del *conventus publicus vicinorum* (es decir, asimilados prácticamente a los vecinos), sino concretamente a los consortes de una suerte determinada; y además, con derecho de cada uno a cerrar su propia parte. El resultado es, pues, (a todo lo más) una propiedad consorcial, independiente de la que nos habla SAN ISIDORO. Hasta qué punto existió realmente ésta y cuál fue su alcance, es algo que en este momento, dado el estado actual de la investigación, no se puede determinar (59). Forzoso es reconocer que la verdadera situación de la propiedad comunal o consorcial visigótica dista mucho de sernos conocida (60).

---

(58) La ley 2, ya comentada. Pero obsérvese —para aumentar aún más su confusión— que en ella se habla de *in portione sua.*

(59) Téngase presente, además, que, como ya se ha visto, los primitivos *ager compascua* romanos habían desaparecido casi por completo en el Bajo Imperio. Cfr. sobre este punto la postura de BENEYTO, quien, con muchas reservas, acepta la supervivencia de los *compascua,* pero no de los comunes, sino de los de carácter consorcial. *(Notas sobre el origen...,* cit., pág. 57.)

(60) Por remitirnos en bloque a las tesis del más profundo conocedor español de la época visigótica, cfr. TORRES, *El Estado visigótico,* cit., págs. 404 y 405, en nota: Los *compascua* quedaron sin dividir. Para la interpretación de los textos correspondientes del Liber ha de pensarse siempre en los compascua romanos. Motivos de técnica agronómica agraria aconsejaron la no división de dichos compascua entre los godos y romanos, y así debe pensarse que todos los godos que entraron en alojamiento con todos los romanos que tenían derechos de pastos, etc., en un monte común, adquirieron el derecho de participación en los pastos. Nótese que estos montes y praderas no son "comunes" en un sentido amplio, sino sólo están en comunidad entre los "consortes", pero no debe pensarse que con los términos "consortes vero vel ospites" de la aludida ley, se quiera contraponer cada godo a cada romano. Si así fuera, había que pensar que el monte común en cuestión sólo era de ambos, y, por ende, que en la época romana lo fue sólo del romano. Como ya

D) BALDÍOS.

En el Breviario de Alarico se recoge una ley del Código de Teodorico (Ley única Lib. X, título IV, *De bonis vacantibus)* que declara la facultad del Soberano de conceder los bienes vacantes. Esta concesión garantiza al poseedor contra la reclamación de un derecho anterior, que debería en todo caso satisfacerse con otras concesiones (61).

Posteriormente aparecen los bienes vacantes en el Fuero Juzgo como cosas de aprovechamiento común, comunes en su uso a consortes y hospites, a vecinos y forasteros, a estantes y transeuntes, *iter agentes,* de modo que éstos puedan detenerse, depositar la carga y apacentar su ganado en las tierras baldías sin limitación de tiempo, y de igual mane-

---

hemos indicado, aquí se alude a "compascua" romanos y, por ello, se contraponen con estos términos todos los romanos que tenían derechos comunes en esos "compascua" y todos los godos que por la hospitalidad adquirieron derechos en las propiedades de cada uno de aquellos romanos. No hay, pues, una introducción por los germanos de un sistema de propiedad colectiva que fuese desconocido entre los romanos. Es interesante hacer constar esto. Se ha formado con godos y romanos conjuntamente una especie de "Marca" con su "Allmende". Su origen no es germano. Sí lo es, en cambio, tal vez, la disposición sobre la roturación libre de todos los consortes. Toda esta interpretación tiene un interés extraordinario para comprender cómo los godos participaban en el cultivo y cómo no se contraponen los consortes según nacionalidades. "Consortes" no tienen que ser siempre un godo y un romano.

(61) *Non inquietentur iis quibus aliqua pro suo labore donavimus sed omnibus quae a nobis donata sunt, in ipsorum jure positis, is qui eos inquietare voluerit, ad judicii audientiam protahatur, ut sine aliqua molestia jus suum pulsator valeat confirmare· omnibus quae de hac re inter prefatos acta fuerint ad nostram notitiam referendis, ut et nostris inquietatus reurediis ad jovetur.* Anteriormente, ya desde fines del siglo I, los colonos pueden también ocupar y roturar las tierras incultas mediante el pago de la cuarta parte de los frutos de ellas al arrendatario, conservándolas mientras las cultiven. A partir de Adriano se permite también la explotación de las tierras que anteriormente hubiesen sido cultivadas, pero que llevasen diez años seguidos abandonadas, eximiendo del pago del censo durante un cierto tiempo (GARCÍA GALLO, *Historia...,* cit., pág. 109).

ra se les reconoce implícitamente el derecho de utilizar los frutos y de cortar árboles en las selvas vacantes (62).

En cuanto al problema capital de las roturaciones, ya hemos visto que el Breviario de Alarico, recoge de la legislación romana la facultad soberana de conceder la ocupación exclusiva de los campos vacantes. PÉREZ PUJOL entiende, además, que aún sin esta licencia era aplicable a las tierras y selvas vacantes el principio de la libre roturación de los terrenos incultos, dado que, así sucedía, incluso para las selvas comunes de vecinos (63).

Según DOMÍNGUEZ GUILARTE existe una diferencia esencial entre los principios romanos y visigóticos reguladores de los baldíos (que les consideraban *res nullius)* y los germano-francos que aparecen en la época de la reconquista, que les consideran bienes del Rey. Según ésto "después del asentamiento lento y progresivo de los germanos en suelo de Roma, los terrenos que no estaban apropiados por nadie se consideraban, no como cosas nullius, sino como cosas propiedad del

---

(62) PÉREZ PUJOL, *Historia de las instituciones sociales en la España goda*, t. IV, 1896, pág. 374. La Ley 26, antigua, lib. VIII, tít. IV, del Fuero Juzgo, dice: *Si quis de apertorum et vacantium camporum pascuis licet eos quisque fossis praecinserit caballos aut boves aut cetera animalia... iter agentium ad domum suam inclusurus adduxerit, pro duo capita tremissem cogatur exolvere.* Para asegurar estos aprovechamientos generales, estaba prohibido a los particulares cerrarles con zanjas o setos: *campos autem vacantis si quis fossis cinxerit, iter agentes non haec signa terreant, nec aliquis eos de his pascuis praesumat expellere* (Ley 9, antigua, lib. VIII, tít. III, del Fuero Juzgo). En consonancia con las fuentes, los autores modernos se ocupan de los baldíos casi exclusivamente en función de los iter agentes. TORRES *(Lecciones...*, cit., II, pág. 140), entiende que las disposiciones citadas "más que una plena significación económica se relacionan con una protección, en virtud del derecho de hospitalidad a los caminantes, incluidos probablemente los extranjeros. Esa protección tiene un claro origen germánico y aparece en otras diversas leyes nacionales germánicas con modalidades diversas, pero siempre estableciendo la prohibición de negar el fuego, el techo y el alimento para el ganado". Todo esto es cierto; pero, desgraciadamente, quedan así en sombras los aspectos económicos y jurídicos de los derechos propios de los vecinos sobre los baldíos próximos a su jurisdicción.

(63) *Historia...*, cit., tomo IV, pág. 348.

Estado; y más tarde, cuando la soberanía se encarna en el Rey, esas tierras aparecieron como propiedad suya" (64).

E) DERECHOS DE APROVECHAMIENTOS SOBRE FUNDOS PRIVADOS AJENOS.

El interés social —como se diría en la terminología moderna— que la ganadería representaba para los visigodos, implicaba una serie de restricciones de la propiedad establecidas en su beneficio, y que ofrecen para nosotros un interés particular, ya que se trata de auténticos aprovechamientos comunales. Como en otra ocasión hemos hecho (65) precede aquí distinguir entre: a) En cuanto a las praderas, rige la ley VIII, 3,12, del *Liber* (66). En ella se señalan dos épocas distintas del aprovechamiento: en una época los prados pueden ser aprovechados colectivamente, en otra se reservan para el cultivador que puede utilizar la hierba con carácter exclusivo, y es precisamente en este momento cuando se incurre por los daños causados en la sanción que se indica en la Ley citada. b) En cuanto a las parcelas cultivadas, PÉREZ PUJOL distingue (67) según se trate de tierras de secano y huertas. Sobre estas últimas no pesa ninguna carga o limitación de origen

(64) "Notas sobre la adquisición de tierras y frutos en nuestro derecho medieval", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, X, 1933, pág. 290.

(65) NIETO, *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, I, 1959, págs. 62-63.

(66) *Qui in pratum, eo tempore quo defenditur, pecora miserit ut postmodum ad secandum non possit herba subcrescere; si servus est qui hoc recerit, XL. ictus accipiat flagellorum, et foenum reddatur domino eius, quantum fuerit aestimatum: si liber et inferioris loci persona sit, per duo capita tremissem unum reddat et foenum nihilo minus iuxta aestimationem ei, qui damnum pertulit, redditurus: si maior vero persona sit per duo capita solidum unum reddat, et foenum habita aestimatione restituat.*

(67) *Instituciones sociales...*, cit., IV, págs. 352 y sigs., apoyándose al afecto, en las leyes VIII, 3,6, 7 y 10, y VIII, 5,5 del Fuero Juzgo.

pastueño, mientras que para las de secano cultivadas de cereales rige el principio de las libres derrotas.

Debemos señalar, por último, que la existencia de propiedades indivisas debió ser la base de la comunidad vecinal, del *conventus publicus vicinorum* (68), o al menos y en todo caso, a este *conventus* correspondía la ordenación de los aprovechamientos comunes (69).

---

(68) TORRES, *Lecciones...*, cit., pág. 138.

(69) GARCÍA GALLO, *Historia...*, cit., págs. 312 y 457.

CAPITULO TERCERO

EVOLUCION HISTORICA: LA RECONQUISTA

I.—Los bienes comunales y los baldíos.

II.—La repoblación.

III.—Las asignaciones colectivas en los documentos medievales.

IV.—Presuras y escalios.

I. LOS BIENES COMUNALES Y LOS BALDIOS

Entre las figuras estudiadas en el Capitulo anterior y los bienes comunales que hoy conocemos existe una violenta solución de continuidad representada por la invasión árabe, pero no en cuanto a tal sino, más bien, en cuanto provoca el proceso de la reconquista, una de las fases históricas españolas en las que se rompe verdaderamente, al menos en lo económico, con la situación anterior (1). La auténtica historia de los bienes comunales empieza a partir de este momento; por eso, las breves observaciones que se han hecho páginas atrás, deben considerarse simplemente como eruditos precedentes, de mayor o menor interés, pero no esenciales.

En los primeros siglos de la Edad Media la vida entera de España gira en torno a las luchas de la Reconquista o, mejor aún, de la Repoblación. Año tras año, con un ritmo muy desigual, pero inexorable, los cristianos van extendiéndose hacia el Sur, ocupando tierras sobre las que fundan unidades de población que van a pervivir hasta nuestros días.

Al hablar en el Capítulo primero del origen de los bienes comunales, ya hemos hecho alusión al verdadero proceso de su formación: *las nuevas tierras se adjudican de ordinario, con o sin vínculo de señorío, a un grupo de colonos; estos realizan sobre ellas aprovechamientos individuales, en la me-*

---

(1) Circunstancias que cronológicamente vienen a coincidir, además, con la aparición del fenómeno histórico de España y de los españoles, en el sentido propuesto por AMÉRICO CASTRO en *La realidad histórica de España*, 1954, y *Origen, ser y existir de los españoles*, 1959. Para la historia europea, recuérdese que, según la conocida tesis de PIRENNE *(Mahomet et Charlemagne*, 1936), también el siglo VIII constituye una crisis general de la civilización occidental.

dida de sus necesidades y el resto queda al libre aprovechamiento común del grupo de vecinos.

El estudio y descripción de este proceso no ha merecido, sin embargo, la necesaria atención de los autores, ni se encuentra en las fuentes suficientemente desarrollado, debido quizá, paradójicamente, a su propia simplicidad, a su carácter obvio. Los documentos de la época, como la doctrina posterior, se han situado ordinariamente en otras perspectivas muy distintas, que ofrecían mayores dificultades jurídicas y que precisaban, por ello, mayor atención: concretamente el régimen feudal y la cuestión de los baldíos.

A nuestro modo de ver, los dos elementos que caracterizan las relaciones económico-sociales de los primeros siglos de la Edad Media, son el feudal y el comunal, con la advertencia de que ambos son perfectamente compatibles, puesto que la organización comunal se encaja con toda naturalidad dentro de la estructura feudal. Ahora bien, en razón a la propia artificiosidad de las relaciones feudales y a su carácter coactivo, este elemento fue más cuidado por la legislación y la doctrina, mientras que el elemento comunal quedaba abandonado a su propia espontaneidad. El romanticismo histórico y jurídico reavivó ocasionalmente durante el siglo XIX el interés por el elemento comunal, pero lo hizo de ordinario partiendo, como ya se ha indicado, de las bases falsas de un evolucionismo abstracto, o saqueando, sin criterio, las obras de los escritores germánicos. Sin embargo, pasada esta euforia, ya se ha llegado a reconocer científicamente el valor del elemento comunal y el papel que los aprovechamientos comunales tuvieron en la formación de las primeras agrupaciones sociales medievales (2).

Igualmente justificable es el interés que ha despertado el estudio de los baldíos. La realidad es que durante varios siglos, y a causa de la mobilidad de la población, tuvieron

---

(2) Recuérdense las citas a este respecto que en otro lugar se hacen de autores extranjeros, y de entre los españoles, especialmente, DÍAZ CANSECO y FONT RÍUS.

mayor importancia la forma y objeto de conseguir los terrenos que el sistema de sus aprovechamientos. Los conflictos —y por ende, la necesidad de su regulación— surgían mucho más frecuentemente en la fase de su ocupación que en la de su explotación. Para nosotros, la cuestión de los baldíos y la de los bienes comunales, están tan inextricablemente unidas, que constituyen un único problema. Ahora bien, en todo caso, debe tenerse presente una observación, que consideramos esencial: a lo largo de la historia, los baldíos adoptan respecto a los bienes comunales, dos posiciones completamente distintas. En las épocas repobladoras (3), la cualidad de baldíos es un presupuesto para la ocupación de terrenos y eventual destino a aprovechamientos comunales; mientras que en épocas de estabilización, los baldíos son terrenos cuantitativamente más reducidos, que se encuentran en un término municipal determinado, no están sujetos a cultivo y no tienen un titular dominical expreso, pero *son aprovechados comunalmente*.

En el presente Capítulo, al ir trazando la historia de los bienes comunales, habremos de ocuparnos fundamentalmente de los bienes comunales en su primer sentido, que es su genuina significación histórica. En el Capitulo siguiente nos ocuparemos de los baldíos en su segundo sentido, lo que vendrá a ser en substancia su análisis jurídico.

II. LA REPOBLACION

El tema de los baldíos adquiere una importancia singular durante la época de la reconquista, particularmente desde su iniciación hasta mediados del siglo XI. Es sabido que durante mucho tiempo, y por razones estratégicas, están separados los moros y los cristianos por una zona desértica, más o me-

(3) Que no hay que identificar necesariamente con los primeros siglos de la Reconquista. Piénsese en la colonización americana y en los ejemplos, ciertamente no muy abundantes, de colonización interior, que se prolongan, conforme a un modelo clásico, hasta el siglo XVIII.

nos imprecisa, pero que se extiende aproximadamente sobre la ribera norte del Duero, especialmente en los llamados *Campi Gothorum* o tierras de Toro y de Campos (4).

Estas circunstancias geográficas y el hecho de unos constantes movimientos de la población por motivos guerreros, provocaban sucesivamente la formación de grandes desiertos y la aparición de un ocupante que deseaba apropiárselos (5). Hasta bien entrado el siglo XI —cuando la reconquista empieza a extenderse a ciudades o, al menos, a regiones habitadas, cuyos pobladores permanecen en el país— los cristianos se extienden sobre territorios absolutamente desiertos, "yermos y desiertos" como los describen las fuentes contemporáneas. A los monarcas del Norte se impone la nada fácil tarea de

---

(4) La despoblación de esta zona se debe en gran parte a Alfonso I, quien a mediados del siglo IX, en una operación militar de gran escala, y ante la imposibilidad de ocuparla materialmente, aniquiló la población musulmana en ella establecida y se llevó consigo hacia el Norte la población mozárabe (FONT RÍUS, en *Historia de España y América*, dirigida por VICENS VIVES, t. I, 1959, págs. 262-263). Alfonso I no tenía ni hombres ni elementos para ocupar y defender aquellas regiones y esto le movió a tomar una serie de medidas encaminadas a formar entre sus pequeños dominios y la España de los emires un espacioso desierto. Tomando posesión de los distritos más fáciles de defender y más cercanos al núcleo primero del reino, abandonó todo lo demás, desmantelando las fortalezas, destruyendo los poblados y llevando al interior de las montañas todo cuanto pudiera ser transportable y utilizable. "Convirtió la tierra en un yermo hasta el Duero", dice la Crónica de Albelda, y la de Alfonso III explica: "En todos los castros, villas y aldeas que ocupó, mató a los pobladores árabes, y a los cristianos los llevó consigo a la patria". Pero no era posible hacer por completo el vacío. Hubo sin duda pequeños grupos de campesinos y pastores que se quedaron aferrados a sus tierras, lejos de las vías de comunicación, escondidos en los valles estrechos o en los repliegues de los montes". PÉREZ DE URBEL, en la *Historia de España* dirigida por MENÉNDEZ PIDAL, t. VI, 1956, pág. 34.

Una situación relativamente similar tiene lugar en Francia cuando las victorias de Carlos Martel y Carlomagno obligan a los musulmanes a abandonar el Rosellón. La ocupación de estos desiertos dio lugar a las célebres capitulares de 812, 815 y 816.

(5) Los avatares de la Reconquista son en España un factor fundamental, pero no exclusivo de esta evolución. La inseguridad política de Europa constituyó un momento propicio para la ocupación de baldíos durante toda la Alta Edad Media. Otros motivos de repoblación fueron las peregrinaciones jacobeas y la creciente actividad marítima de la costa norte.

atraer nuevos pobladores para que pongan en movimiento su economía, y sobre todo, vayan formando un muro de contención frente a la amenaza del Sur, siempre temible. En estas condiciones, es obligada la concesión de las máximas facilidades para la ocupación de los territorios reconquistados. Pero la ocupación o, por mejor decir, repoblación, tiene lugar mediante sistemas muy distintos, que es preciso distinguir (6).

A) Realizada esta primera distinción cronológica: antes y después del siglo XI —o, si se quiere, con mayor generalidad: época de reconquista de despoblados y época de sujeción de terrenos junto con sus pobladores (7)—, aún debemos seguir precisando variedades, si queremos mantener la debida claridad en un tema tan complejo.

B) GARCÍA GALLO nos ofrece un segundo criterio: unas veces los repobladores se establecen más allá de la frontera, en tierra de nadie; otras, en tierras ya reconquistadas, pero yermas. En el primer caso, la ocupación se hace libremente y el *aprisor* adquiere la propiedad de la tierra, que nadie le disputa, mientras que en el segundo, necesita la autorización del príncipe a quien aquélla pertenece, y ha de cumplir las condiciones impuestas por éste (8).

---

(6) Puede consultarse, fundamentalmente, entre las obras especiales, las de BRUTAILS, *Etude sur la condition des populations rurales du Rousillon au Moyen Age*, 1891. BALARI, *Orígenes históricos de Cataluña*, 1899. HINOJOSA, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, 1905. PUYOL, *Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*, 1926. SÁNCHEZ ALBORNOZ, "La repoblación del reino astur-leonés", en *Humanidades* (Homenaje a RICARDO LEVENE), 1.ª parte, 1936. SOUSA SOARES, "O repovamento do norte de Portugal no seculo IX", en *Biblos*, XVIII, 1942. L. DOMÍNGUEZ GUILARTE, "Notas sobre la adquisición de tierras y de frutos en nuestro Derecho medieval", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, X, 1933, y DE LA CONCHA, *La "presura"*, 1946.

(7) A COSTA se escapó la significación de esta importante coyuntura histórica, estudiando las presuras y escalios medievales sin solución de continuidad. Cfr. *Colectivismo...*, cit., págs. 249 y sigs. y 437 y sigs.

(8) *Historia...*, cit., pág. 534. Luego veremos cómo al entrar en los detalles desaparece esta aparente simplicidad.

C) Un tercer criterio —que no es idéntico al anterior— se deduce al considerar que en unas ocasiones la ocupación es consecuencia inmediata y directa de la conquista: el conquistador se apodera como botín de las tierras que ha arrebatado al enemigo, conforme a las eternas leyes de la guerra; mientras que en otras, la ocupación es pacífica, posterior a la conquista, de la cual es sólo resultado indirecto, aunque dependa de ella (9).

D) Otro criterior elemental nos proporciona la variedad geográfica y política de la Península. Ya hemos aludido antes a ocupaciones realizadas por *hispani* en la Septimania. En todo caso, se van diferenciando las ocupaciones en la *aprisio* catalana, las tierras *presas* de Aragón, *pressenes* en Navarra y *presuras* en Castilla, con características peculiares propias.

E) La personalidad del que realiza la ocupación del yermo, es el criterio que nos ofrece variedades más ricas e interesantes.

a) El ocupante puede ser el propio Monarca, cuando es él quien dirige personalmente la campaña. Refiriéndonos aquí

(9) "Claro está, tal dependencia de lo militar no permite dar ese carácter a una repoblación que, si bien no puede realizarse antes de que las campañas militares se hayan llevado a cabo, tiene un sentido y un alcance completamente distinto... Esto no lo han visto algunos autores, que, llevados por la comunidad etimológica de una y otra, *han confundido la pacífica ocupación de las tierras abandonadas con la conquista por las armas de tierras que poseía el enemigo*" (DE LA CONCHA, *La "presura"*, cit., págs. 31-32. La cursiva es nuestra). "La ocupación de un territorio o comarca solía llevar como secuela una campaña de colonización de la misma, bien que ésta no quedase agotada en aquel momento. Tras un primer empuje repoblador de la nueva zona, limitado con frecuencia a una consolidación de sus fronteras y puntos estratégicos, venía una labor más lenta y sistemática de continuada intensificación de inmigraciones y asentamientos, que se extendía durante décadas e incluso siglos. Inversamente, las acciones militares no siempre acarrearon una subsiguiente repoblación" (FONT RÍUS, en ob. cit., pág. 260). "No todas las presuras eran consecuencia inmediata de la conquista realizada por el vencedor, es decir, que no siempre recibían ese nombre las adquiridas a mano armada, pues, en ocasiones, no eran más que la simple ocupación de la tierra, supusiera o no un hecho de armas anterior por virtud del cual se había expulsado de ella al enemigo" (PUYOL, *Orígenes...*, cit., págs. 96-97). Como ejemplo de estas últimas, cita el mismo autor las de Odoario, en Lugo, y las de Juan, en Valpuerta.

a una ocupación directa, a él imputable, sin perjuicio de su condición de *dominus rerum* y de sus derechos de conquista, que aun antes de resurgir el concepto romano de la soberanía, se manifiesta en figuras tan características como la de la confirmación (10). Cuando la repoblación se hace de una manera oficial y por iniciativa del rey mismo, va unida a ciertas solemnidades, de que nos hablan los documentos. A veces, y éste parece ser el caso de Sublancia y Cea, el mismo rey dirige la repoblación; pero más frecuentemente delega en algún señor, secular o eclesiástico. En este caso, el jefe de la repoblación se apoderaba en nombre del rey de las tierras que podía cultivar, hacía el reparto haciendo sonar el cuerno real y levantando el estandarte del rey, "cum cornu et aluende de rege" (11).

b) Pero el caso más ordinario es que los Monarcas se limiten a disponer que sean los condes los que vayan realizando la repoblación, concediéndoles, al efecto, plenos poderes (12). Según García Gallo, la limitación de los recursos

---

(10) La intervención real (fundamentalmente la concesión) no nace necesariamente del derecho del monarca sobre las tierras que se ocupan, sino que, a veces, se solicita para conseguir un argumento de mayor fuerza que impida posibles futuras contiendas sobre tales tierras. Bien pudiera ser ésta la verdadera intención de tales confirmaciones, habida cuenta de que hasta el momento de la recepción del Derecho romano, la idea de soberanía, del *imperium*, estaba sólo latente; pero la frecuencia de las confirmaciones —incluso cuando hay una previa concesión por parte del antecesor del que confirma— hace resaltar claramente la figura del Monarca, que preside todas las ocupaciones que tienen lugar en sus territorios, y que presta un valor ergaomnial a las mismas. La confirmación es particularmente importante cuando la ocupación ha tenido lugar sin una previa concesión del Monarca, y aun con absoluto desconocimiento de éste. El vasallo que ha ocupado terrenos en estas condiciones se apresura a solicitar la aprobación real *a posteriori*, ya que si bien es cierto que nada empece a la naturaleza de la ocupación, la falta de concesión tiene así muchas menos posibilidades de subsistir frente a las usurpaciones de los poderosos. Cfr. De la Concha, *La "presura"*, cit., págs. 43 y sigs. y 69.

(11) Pérez de Urbel, en *La Historia de España*, cit., t. VI, página 79.

(12) Ejemplos de presuras de este tipo, en Puyol *(Orígenes...*, cit., págs. 101 y sigs). En ocasiones, las presuras realizadas por los señores adquieren relieve político, en cuanto actos de afirmación de independencia frente al poder real, al que apenas si se reconoce una

estatales hace que los resultados de tales colonizaciones sean reducidos (13); pero es lo cierto que si los recursos del monarca eran limitados, los de los nobles comisionados podian ser abundantes, y más con la esperanza de unos pingües beneficios. Parece indudable que gracias a estas ocupaciones apareció en el siglo X una aristocracia pujante, propietaria de inmensos latifundios y capaz de intranquilizar al reino con sus desmedidos apetitos y sus discordias (14). La magnitud de estas presuras se refuerza además por la circunstancia de que en ocasiones los reyes, en "un acto concreto de liberalidad por su parte en favor de alguien también determinado, permiten indirectamente la extensión sin limites de los terrenos ocupados al impedir, bajo prohibición expresa, que otras personas las lleven a término en una comarca de antemano señalada" (15).

c) La ocupación realizada por clérigos —obispos y monjes— tuvo una importancia extraordinaria; sin perjuicio de que es también la mejor conocida gracias a la abundancia de las fuentes, que se encargaba de producir alguno de sus cultos acompañantes. Los tomos de la *España Sagrada* están repletos de testimonios de esta figura. Según GARCÍA GALLO, el procedimiento es siempre el mismo: la construcción (o reconstrucción) de una capilla y de celdas, y en torno suyo de viviendas para los cultivadores (16). Posteriormente se irían ampliando estos núcleos con nuevas ocupaciones, compras y donaciones.

---

simple autorización formal de la ocupación. Al menos, así deben entenderse buena parte de las presuras realizadas por los Condes de Castilla, a veces incluso frente a la voluntad de los Monarcas leoneses. Cfr. PÉREZ DE URBEL, en *La Historia...*, cit., págs. 195 y sigs.

(13) *Historia...*, cit., pág. 534.

(14) SÁNCHEZ ALBORNOZ, "Las behetrias", en *Anuario de Historia del Derecho Español,* t. I, 1924, págs. 202-203. Cfr. DE LA CONCHA, *La "presura"*, cit., págs. 62 y sigs., quien insiste en la ocupación de grandes terrenos desiertos por este sistema.

(15) DE LA CONCHA, *La "presura"*, cit., pág. 64.

(16) *Historia...*, cit., pág. 534.

Estas ocupaciones ofrecen peculiaridades características en orden a su posterior confirmación, puesto que —según ha ido espigando De la Concha en los documentos de la época— unas veces sólo se solicita de las autoridades eclesiásticas, otras del poder civil solamente, y otras, por último, de ambos. En todo caso, "nos encontramos con que las comunidades religiosas, desde el momento que las circunstancias militares lo permiten, van ocupando libérrimamente tierras, unas veces alrededor de las abadías y monasterios ya existentes, y otras en lugares en donde llegan por primera vez, y en los que, una vez adquiridos los derechos sobre aquellas tierras abandonadas, es cuando van construyéndolos" (17).

d) "Mayores". Sin perjuicio de las repoblaciones que realizan los condes por encargo del monarca, y bajo su dependencia directa, algunos hombres poderosos o *mayores* suelen acudir espontáneamente a estas ocupaciones de yermos y desiertos para extender sus propiedades. Como consecuencia de su falta de mandato actúan aquí con gran independencia; pero no por ello desaparece el vínculo que les une con el monarca. A éste pertenecen en principio en virtud del derecho de conquista todos los territorios que el enemigo va abandonando; por lo que —como observa el mismo De la Concha— se apresuran a legalizar sus ocupaciones haciéndolas constar documentalmente y ejercitando actos de posesión, que no serían precisos si les correspondiera a ellos el derecho de conquista (18).

e) "Minores". "Son aquellos que de inferior condición social realizan presuras cuya importancia y alcance estriba en el hecho de esa condición, ya que están supeditadas a los

---

(17) *La "presura"*, cit., págs. 101-107. Sobre este tipo de repoblaciones en Cataluña, Hinojosa, *El régimen señorial...*, cit., páginas 33-36; y en León, Puyol, *Orígenes...*, págs. 109-123. Para este autor, incluso "fundar un monasterio era algo muy semejante a hacer una puebla" (pág. 115).

(18) *La "presura"*, cit., págs. 97-100.

medios que tienen a su alcance para poder utilizar prácticamente las tierras ocupadas" (19).

Este tipo de ocupaciones podía llevarse a cabo tanto por *minores* libres como por serviles, y éstos tanto en su propio beneficio —siquiera fuera en una mínima parte y con el beneplácito del señor—, como en provecho de este último. Por lo que afecta a los libres, lo ordinario era que llegasen a los desiertos formando parte del séquito de un noble, pero también era posible una ocupación absolutamente independiente.

No han faltado autores, como SÁNCHEZ ALBORNOZ, que han resaltado el importante papel que en la estructura social de la Reconquista jugaron los hombres libres (20), y otros, como IMBART DE LATOUR, han llegado más lejos, atribuyendo a los Monarcas la intención de fomentar esta clase social y esta figura económica con objeto de buscar un contrapeso frente al influjo creciente de los nobles latifundistas (21); pero el hecho cierto es que bien pronto fueron absorbidos casi todos ellos, apoderándose de sus pequeñas propiedades los nobles y eclesiásticos, bien fuera por compra, donación o usurpación. Y

---

(19) Cfr. DE LA CONCHA, *La "presura"*, cit., págs. 107-114. Lo reducido de la ocupación en este caso no se debe, en efecto —como ha señalado SÁNCHEZ ALBORNOZ— a una limitación del terreno en que podían verificar las presuras, sino a la falta de medios con que contaban para realizar una considerable y extensa labor de cultivo. Cfr. "España y Francia en la Edad Media. Causas de su diferenciación política", en *Revista de Occidente*, vol. II, 1923, pág. 306. En igual sentido, PUYOL, *Orígenes...*, cit., págs. 444 y 445.

(20) *Las behetrías*, cit., págs. 199 y sigs. "No había una población rural ni una casta militar en los conquistadores, y, por ello, no se formaron grandes propiedades. Cada familia roturó la parcela que pudo vivificar con sus propias fuerzas de trabajo, y a esto se llamó presura. De esta manera, mientras que en Europa la tierra se había concentrado en pocas manos y los pequeños propietarios libres habían sido absorbidos por los señoríos, en España, a raíz de la repoblación, existía, en cambio, una masa inmensa de pequeños y medianos propietarios libres que habitaban en aldeas o en granjas, viviendo en un régimen semicolectivista, mientras que eran rarísimos los latifundistas y los sin tierra" ("La repoblación y el régimen de la tierra", en referencia aparecida en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, X, 1933, pág. 519).

(21) *Les colonies agricoles...*, cit., pág. 154.

esto cuando no eran los propios funcionarios reales los que les eliminaban.

f) En algunos diplomas aparecen ejemplos de ocupaciones colectivas, que parecen señalar la existencia de una propiedad colectiva, nacida de particulares circunstancias de la ocupación, que no conocemos, o simplemente por la voluntad de todos los presores (22). Se ignora por completo la configuración jurídica y el papel económico de este tipo de propiedad. Probablemente debe tratarse de una forma transitoria.

F) Ya se ha aludido antes a las *variedades que resultan de las diferentes etapas históricas en que tiene lugar la ocupación.* Conforme va avanzando el tiempo, conforme los monarcas cristianos se extienden cada vez más al Sur, ya no se encuentran desiertos en un sentido radical. Las tierras están aún despobladas —el enemigo no se atreve a permanecer en ellas— pero presentan signos de cultivo. Los diplomas hablan inequívocamente de la ocupación de olivares y viñedos. En una fase posterior, desde mediados del siglo XI, la conquista no significa el desarraigo absoluto de la antigua población. Ya no se ocupan yermos, sino ciudades y lugares cuyos pobladores en gran parte permanecen en el país. Entonces puede seguirse un sistema de repoblación concejil planeada y dirigida por el monarca, que se distingue del primitivo y mucho más libre sistema de repoblación concejil por cartas pueblas y cartas de franquicias. Se establece en estas ciudades una organización municipal y se entregan tierras y casas a los pobladores cristianos que se establecen en ellas, no por presura, sino mediante un reparto, cuidadosamente registrado, que efectúan los partidores, y en que se atiende a su condición social y a sus méritos en la conquista.

Aquí pudiera señalarse el punto de arranque del florecimiento de la vida concejil medieval castellana. Como ha

---

(22) De la Concha, *"La presura"*, cit., págs. 115-116. Según Font Rius (ob. cit., pág. 268), en Castilla la Vieja fue relativamente frecuente la colonización "por grupos de familias *(sortitores, sodales)* que permanecían asociadas, cultivando y disfrutando en común las tierras ocupadas, en general de reducidas dimensiones".

señalado FONT RIUS (23) "en la repoblación de la zona entre Duero y Tajo, el papel de los concejos fue decisivo y originó el fortalecimiento de su personalidad y de su poder, que había de pesar decisivamente en la coyuntura política de los siglos siguientes. Dueños de extensos términos, o alfozes, en los que se englobaban villas, aldeas y heredades, ellos tomaron sobre sí la tarea de organizar la colonización de los mismos, a través de un sistema de ordenada y metódica partición del término entre sus vecinos o nuevos pobladores. Esta labor no siempre se efectuaba de una sola vez a raíz de su ocupación inicial, sino que, por lo regular, era resultado de sucesivas etapas, que se escalonaban durante largas décadas. Para ello solía dividirse el término, o alfoz, en seis partes (*sesmos*), y éstas, en *veintenas*: lotes de tierra para heredar. Funcionarios del Concejo —el *sesmero* y el *ventenario*— al frente de sus respectivas partidas, cuidaban de la labor de partición".

Cuando la delimitación geográfica municipal adquiere una cierta estabilidad, parece inconcuso que la actividad repobladora de los baldíos que se encuentran *dentro de lo que hoy llamamos territorio municipal,* corresponde al Concejo. Sus habitantes se van extendiendo a los lugares periféricos desiertos y sujetando a cultivo o aprovechamiento individual los baldíos que no eran aprovechados o lo eran con carácter comunal (24). Así llegamos a la última fase de ocupación de baldíos.

Por otro lado, en el siglo XII, cuando surge una nueva crisis militar por el fortalecimiento del poder musulmán y se hace preciso reforzar las fronteras, surge una nueva forma de repoblación y extensos territorios fronterizos se conceden a las Ordenes militares, encomendándolas su defensa. Estas Or-

(23) Ob. cit., pág. 273.

(24) Ejemplos de este proceso en la Villa y tierra de Madrid, pueden verse en GIBERT, *El Concejo de Madrid,* I, 1949, págs. 79 y siguientes: "Que la repoblación la hayan llevado a efecto personas de Madrid, o que el propio Concejo haya asumido de hecho la actividad repobladora..., lo cierto es que esta facultad se modela como propia del Concejo dentro de sus términos, y en cierto modo como constitutiva de sus derechos sobre éstos".

denes se establecen en ellos, construyen líneas defensivas de castillos y ofrecen en préstamo a hombres libres las tierras de cultivo (25).

No obstante, a mi modo de ver, la característica más importante de esta época hubo de ser la intensificación de las ocupaciones de baldíos realizadas, no ya al amparo del derecho de conquista o de repoblación, sino de una forma pacífica y más sencilla, dentro de cada Concejo, como consecuencia de un aumento de población y de necesidades, que impulsaba a los vecinos a ir extendiendo el radio de acción de cultivo sobre los montes y baldíos de cada localidad, yermos tradicionalmente en razón de su baja calidad, alejamiento o escasez de brazos. Esta posibilidad continua de ocupación —tan diferente de la realizada en el momento de la conquista, que sólo tiene lugar en una ocasión, como es obvio— suele consignarse en los Fueros y Privilegios como un atractivo más para el asentamiento y, a nuestros efectos, es la que tiene mayor interés, tanto por su permanencia como por su contextura jurídica.

III. LAS ASIGNACIONES COLECTIVAS EN LOS DOCUMENTOS MEDIEVALES

Vamos a examinar ahora sistemáticamente la documentación medieval (26) para comprobar el carácter colectivo de estas ocupaciones, sistematizando los textos en los siguientes grupos:

A) Las donaciones o, más ampliamente, las asignaciones se refieren a una pluralidad de destinatarios, bien sea indivi-

(25) GARCÍA GALLO, *Historia...*, pág. 535.

(26) Sólo la publicada. Unicamente un historiador podría acometer con verdadero conocimiento de causa la ingente tarea de estudiar en toda su amplitud la evolución medieval de los bienes comunales, tal como se apunta en el texto. En todo caso, las fuentes y documen-

dualmente enumerados, lo que no es frecuente, o de un modo genérico: *bovis, populatoris, habitantes presentes et venientes*. El hecho de que se dirija a destinatarios futuros e inciertos —los que han de venir a poblar— prueba su propia indeterminación y carácter colectivo: ¿cómo, si no, podrían adjudicarse parcelas concretas a individuos indeterminados?

B) El objeto de la donación o de la asignación suelen ser cotos redondos, términos municipales completos con todas sus pertenencias: al bloque de destinatarios se entrega un bloque de bienes.

C) En ocasiones se enumeran facultades concretas (pastar, leñar, carbonear) sobre bienes cuya propiedad se reserva el donante, o sobre los que no se hace ninguna declaración expresa. Pero, en todo caso, estas facultades se conceden, no individual, sino colectivamente a todos los vecinos.

D) En ocasiones este repertorio de facultades de los vecinos se delimita negativamente, prohibiéndose a los *no vecinos* que realicen los aprovechamientos o sometiéndoles, en su caso, al pago de un impuesto o de una multa. Tampoco ofrece duda aquí el carácter colectivo, ni hay sombra alguna de individualización, ya que al prohibirse a los no vecinos, quedan autorizados implícitamente *todos los vecinos*.

E) Sobre esta masa colectiva pueden los vecinos ejercer dos tipos de facultades: unas, las comunales y, otras, de apropiación individual o excluyente, reduciendo así paulatinamente los terrenos comunales. Sobre las primeras, apenas si se dice algo en las fuentes primitivas; pero, más adelante, a medida que va disminuyendo su extensión y riqueza, se impone una ordenación, de la que daremos algunas muestras en este apartado.

---

tos impresos son lo suficientemente abundantes como para asegurarnos de la solidez de la investigación. Sobre la institución del prestimonio —que no es tenida en cuenta por nosotros—, cfr. GARCÍA GALLO, "El hombre y la tierra en la Edad Media leonesa", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, I, 1957, en especial, págs. 345 y sigs.

F) Respecto de las facultades del segundo tipo, las de apropiación individual, hay que distinguir, a su vez, entre asignaciones directas que realiza el señor o el Concejo (ordinariamente el solar para construir la casa) y la individualización realizada mediante presuras y escalios, de las que nos ocuparemos en el epígrafe siguiente.

G) En la Baja Edad Media coincide esta progresiva disminución de los terrenos comunales con la formación de un Concejo con personalidad distinta de la de los vecinos. El resultado —según se explica con más detalle en otro lugar— es la imputación al Concejo de una serie de bienes concretos —la llamada dehesa del Concejo, por ejemplo— cuya peculiaridad estriba, sin embargo, en que sus aprovechamientos son comunes a los vecinos. Nos encontramos ya ante los bienes comunales actuales. En este epígrafe se transcriben algunos textos de los de mayor significación ejemplificativa.

Pasemos ya a desarrollar este programa:

A) Nos remitimos a los textos transcritos en las páginas 55 y siguientes, que deben darse aquí por reproducidos.

B) *Totos istos locares supraescriptos plicant usque at Alquezar, dono vobis liberos et securos, et omni potestati vestrae per saecula cuncta.* (Fueros y Privilegios de Alquezar; Sancho Ramírez, 1069) (27). *Vobis omnibus statoribus et habitatoribus et populatoribus hominibus de Acrimonte populatam et ermam cum territorio vel termino quod habet vel habere debet aliquo modo, jure, seu causa, et cum casis et vasallis, et cum carreris et cum cortals, et cum pradals, et cum hortibus et hortalibus et cum ermis et cum terris, et cum pasturis, et cum aquis et fontibus et cum cultis et ermis et cum omnibus rebus quae ad usum hominis pertinent et pertinere debent aliquo modo* (Carta de población de Agramut; Armengol y Dulce Condes de Urgel, 115) (28). *Do yo todo* (lo que se ha amojo-

(27) *Apud* Muñoz y Romero, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León y Navarra*, I, 1847, página 246.

(28) *Apud* Muñoz y Romero, pág. 400.

nado anteriormente) *al Concejo de Cáceres para pastar y pasar y para ser su herencia* (Fuero de Cáceres; Alfonso VI, 1229) (29). *In primis igitur dono atque concedo omnibus inhabitantibus conchensem urbem, atque eorum succesoribus, videlicet concham cum tuto suo contermino, scilicet cum montibus, fontibus, pascuis, rivis, salinis, mineris, argenteis, venis ferreis vel cuiuslibet metalli* (Fuero de Cuenca) (30). *In primis, los pobladores de Teruel que agora son et que despues vernan, do et otorgo estos dius scriptos terminos liberos et francos et quitos por todos tiempos, es assaber... Que los avant dichos pobladores de Teruel dichos terminos ayan con todas sus entradas et sus pertenencias yermas et pobladas, planos et montannas et yerbas et fustes et aguas et rios et fuentes et algepzares et pedreras, con todas sus entradas et sus exidas ayan por todos tiempos francos, liberos e quitos en sus propias heredades, ont d'aqui adelant fagan a sus propias voluntades, ellos et sus fijos et todos los ommes de lur generation por todos los tiempos sin fin* (Fuero de Teruel) (31). Estas fórmulas se repiten con pocas variantes en los fueros de la numerosa familia del de Cuenca-Teruel, lo que no evita su repetición. Véase también el Fuero de Roa, transcrito más atrás.

Dono et concedo vobis locum bonum et amplium et spaciosum, id est de illo ponte supranominato usque ad illo prato de Ovanos ut faciatis vuestras casas quales meliores potueritis facere et ut habeatis tota illa aqua libera et ingenua a quecumque opus habueritis illam... huc autem concedo vobis et mando quod laboretis terra herme ubi melius potestis, in totas partes, in quantum potueritis ire et redire in uno dia, et de quanto vos potueritis laborare (Fuero de Puente de la Reina, 1122) (32). *Facimus namque vobis donationem*

(29) *Apud Fueros y privilegios de la villa de Cáceres*, s. a. (siglo XVIII).

(30) Edición Ureña, 1935.

(31) Edición Gorosch, 1950.

(32) *Apud* LACARRA, "La formación de las familias de fueros navarros", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, X, 1933, páginas 257-258.

et confirmationem de illo termino de villa orta quod est in Zaarrieing. Donamus etiam vobis supra dictum terminum, vobis et filiis vestris, et filiis filiorum vestrorum (Concesión de Abad de Leire a los labradores de Oteiza. 1171) (33).

C) *Et do a vos en toda la Bardena de Arguedas, en cuanto yo recibo hyerbadgo, la caza e madera que tayllades a vuestros huebos. Et leynna e carbon, et yerbas a vuestros ganados. Et que podades escaliar en la dicha Bardena ho a vos ploguiere en los hyermos... Et do a vos la meatat del soto que pazcan vuestros ganatos, et fagades hyerba et taylledes leynna seca, et tamariz* (Fuero de Arguedas; Sancho Ramírez, 1092) (34). *Et de aliam partem subtus illorum casas unde currit flumen Iberi, de eiusdem mansionis usque in flumen damus eis totum, ac integrum, de super et de subtus ipsum terminum suprascriptum, ut faciant ortos et quodcumque eis placuerint... Et ubicumque potuerint infra terminum invenire heremas terras, quae non sunt laboratas laborent eas, et ubicumque invenirent hervas per pascere pascant eas, similiter secent eas, sive ad faciendum fenum, vel pascant omnia animalia. Et ubicumque potuerint invenire aquas per rigare pecas, et vineas, sirve per molinos, vel ad ortos, sive ubicumque opus habuerint, accipiant eas; et ubicumque invenerint ligna, montes, rades ad cremare, et domos facere, sive ubicumque opus habuerint, accipiant eam sina ulla ocasione* (Fuero de Logroño; Alfonso VI, 1095) (35). *In primis persolto vobis omnes illos sotos de illo miraculo in juso, usque ad novellas, ut talletis ibi ligna sicca, et tamarizas, et tota alia ligna sicca, extra salices, et extra alios arbores grandes que sunt vetatos. Similiter persolto vobis illas erbas totas de ipsos sotos, ubi pascant vostras bestias: et de totos alios terminos, ubi alias bestias pascant. Et persolto vobis totas illas aquas, quod peschetis ubi potueritis; sed totos illos sollos qui fuerint ibi praessos sedeant meos, et prendat eos meo merino per ad*

---

(33) *Apud* LACARRA, loc. cit. en nota anterior, págs. 266-267.

(34) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 329.

(35) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 334.

me. Adhuc autem persolto vobis totos alios montes, quod tallietis ibi ligna et faciatis carbonem. Et asolto vobis illas petras et illo gisso quod prendatis et faciatis ubi melius potueritis (Fuero de Tudela. Alfonso el Batallador, 1127) (36).

Dono vobis populatoribus in monte de Samañas ad vos de Mallen ligna virida et sicca, et pastos ad vestros ganatos usque ad cobam del Monge cum toto quanto potueritis populare, et laborare, et examplare, et excaliare usque ad podium qui dicitur mont negret, et usque a los siete cabezos, et in totas meas terras pastos, et herbas, et aquas ad vestros ganatos. Et vos Mozarabes de Mallen habeatis ligna sicca et virida ex omnibus partibus in totis meis montibus... in Mallen et in tota mea terra quod sedeatis ingenuos, et liberos et francos, vos et filiis vestris et posteritas vestra, et omnis generatio vestra, et quantos homines populaverint vobiscum, cum toto quanto potueritis populare, et laborare et exampliare, et scaliare in terminos populatos et in heremos (Fuero de los pobladores mozábares de Mallén. Alfonso I el Batallador, 1132) (37).

Similiter dono vobis lignare et taillare et pascuare in illos montes de Aibar, et de Lombier, et in illos alios montes et terminos de illas alias villas in circuitu Saragossa quantum potueris in uno die andare et tornare (Fuero de Sanguesa. Alfonso I el Batallador, 1122). *Concedo vobis quod habeatis solutos totos illos terminos... ut pascant ibi vostras bestias sine calomnia et in illos de Aybar similiter* (Privilegio de Alfonso el Batallador a los pobladores de Sangüesa, 1114) (38). *Et concedo vobis totos montes per pascere, et taliare, qui sunt meus et de Sancta Maria de 1º die quantum potueritis acalzare. Et similiter concedo vobis illos pratos meos et de Sancta Maria per pascere* (Carta de población del barrio de San Saturnino de Pamplona. Alfonso I el Batallador, 1129) (39).

---

(36) *Apud* Muñoz y Romero, pág. 420.

(37) *Apud* Muñoz y Romero, pág. 503.

(38) *Apud* Lacarra, loc. cit, nota 32, págs. 216-217.

(39) *Apud* Muñoz y Romero, pág. 478.

D) *Obes Sanctae Mariae et pecora illius omniumque rusticorum eius, mando, ut in toto regno meo ubi herbas invenerint, pascant tam hieme, quam estate; ipsi vero habeant suos vetatos, in omnibus decaneis suis, et in omni loco ubi ipsi habent aliquid facere, et nullus sit ausus ibi pascere, neque intrare absque eorum licentia* (Fueros y privilegios de la Iglesia y villa de Alquezar. Sancho Ramírez, 1069) (40). *Nullus pascat herbas de Souto, nisi ille, qui moraverit in Sancta Christina, aut in suo termino* (Fuero de Santa Cristina. Alfonso IX) (41). *Et si por aventura prisiertes algun estraino, qui non sea poblador de Arguedas en la dita Bardena escaliando o tayllando madera, o faciendo leynna o carbon o cazando, mando que pecte a vos cada uno 50 sueldos* (Fuero de Arguedas. Sancho Ramírez, 1092). *Et acotamos istos terminos quae nulla cabanna de ganado, que entrare in istos terminos sine mandato de concilio, que vecino non fuere, tomenle de la cabanna de las vacas II vacas, et de la cabanna de las ovejas prendan X carneros, et de los porcos V, y esto prendan por montazgo cada ocho días, fasta que hiscan de termino la meitad al concejo y la otra mitad a los montaraces. Todo ome que non fuese nuestro vecino, y casa hiziese en nuestro termino, a quien lo fallase, prenda de su haber V maravedises. Todo pescador que non fuese nuestro vecino, y en nuestro termino pescase, si ad otra parte lo levare, qui se lo fallase, tomeselo sin calomnia e peche V maravedises. Todo ome qui fallase vezino extraño en nuestro término, tomando azores o falcones o gavilantes, prendalo... Todo ome que entrare exido de Concejo, o defesa, o cerrare carreras de Concejo tam de villa quam de aldeas, peche X maravedises... e dexen la heredat a Concexo* (Fuero de Cáceres). *Tenemos por bien, porque esta aldea sobredicha se non yerme, y porque sea mejor poblada, que de aquí adelante ningun ome non aya dehesa a cerca desta Aldea a media legua en derredor del pueblo, por exido para criar sus ganados, e que les non entren hi otros ganados a pacer las yerbas contra sus voluntades; y por les*

---

(40) *Apud* Muñoz y Romero, pág. 246.

(41) *Apud* Muñoz y Romero, pág. 224.

hacer mas bien, y mas merced, tenemos por bien, e mandamos, que en ninguno de los heredamientos de los omes de esta Aldea, otro ome ninguno de aqui adelante non aya dehesa (Privilegio de D. Sancho a la Aldea de Casar de Cáceres, 1287) (42). *Si vicinus nobis estraneum in contermino conche venantem cum avibus, canibus, retibus, ballista, vel piscantem, aut maderiam seccantem, ligna facientem, aut sal, ferrum vel alliud metallum, aut capientem ancipites invenerint, capiat eum sine calumpnia, et sit captus, donec peccunia se redimat. Si peccora, iumenta, aut armenta in pascuis conche ad pascendum intraverit, mando quod concilium quintet illa, adque expellantur a toto termino conche sine calumpnia. Omnes populationes, que in contermino vuestro, concilio nolente, facte fuerint, non sint stabiles, sed potius concilium sirvat sine calumpnia.* (Fuero de Cuenca) (43). El mismo texto se encuentra con pocas variantes en los numerosos fueros de la familia del de Cuenca-Teruel, lo que nos evita su transcripción.

Ganato de alia terra, si iacuerit de una nocte in antea in termino de Casseda, de uno grege det un carnero et uno cordero (Fuero de Cáseda). *Si ganatum alienum iacuerit in termino Daroca, de una nocte in antea, accipiant de singulis gregibus II arietes* (Fuero de Daroca) (44).

E) *De exitu concilii. De eo qui in exitu concilii laborem fecerit. Quicumque in exitu, aut in calle concilii tam urbis, quam aldee labraverit, pectet eidem concilio sexaginta menkales et relinquat hereditatem liberat et inmunem. Si quis radicem concilii vendiderit, pectet tantam ac talem radicem duplatan eidem concilio. Et qui eam emerit, perdat precium quod dederit pro ea, et relinquat hereditatem, sicut iam dictum est. Hereditatem concilii nemo potest dare, neque impignorare, neque roborare, neque salvare. De fontibus concilii.*

---

(42) *Apud Fueros y privilegios de la villa de Cáceres*, cit.

(43) Ed. Ureña, 1935.

(44) Al igual que el anterior, *apud*, LACARRA, loc. cit. nota 32, pág. 246.

Omnis fons concilii habeat in circuitu tria stadia. De podiis calii. Quicumque podium in calle concilii fecerit, sit sui et concilii, et serviat utrique, et nunquam alicui locetur. De calumpnia bestiarum que in defensam intraverint. Defensa concilili civitatis omni tempori sit defensata ab omni pecude et bestia preter equm, et mulam et asinum... Verumptamen pro genat qui per viam transeundo in defensa pascuerit, nullus pectet columpniam. Quod per annum et diem (nemo pro pro radice roborata respondeat). Quicumque roboratam radicem tenuerit, non respondeat pro ea die et anno transacto, nisi fuerit hereditas concilii, aut eclesie, que non potest dari, nec vendi. (Fuero de Cuenca. Preceptos que se reproducen con pocas variantes en casi todos los de la familia del de Cuenca-Teruel, lo que nos evita su repetición).

73. *La deffesa del conceyo sempre sea deffesa en vierno o en verano, e otro ganado non entre hy, si non aquel que venier maner a la vila. E si alguno quesier tener en la vila cabras o oveyas, non tenga hy mas de XX e III vacas de leche con sus fiyos; e si mas toviere, non les meta en la deffesa.* 75. *Cavalos, mulos, mulas, asnos, asnas e III vacas de leche, e los bues de las iglesias de las obras, anden por u quissieren por toda la deffensa.*—76. *Si algun ganado aduxieren del extremo o daldea, e entrar ena deffesa a bever agua, iure aquel que trae el ganado que non entro si non abever agua, e non peche nada.*—80. *E non coyan castanal asta la festa de san Miguel. E qui los coya peche IX sueldos.*—82. *En todo el estremo non aya nengun labor, sinon colmenar con su casa e su torre.*—187. *Todo pastor que antes del plazo entrar en el extremo, si vaca o carnero le tomaren, doble lo a su senor ante que del falga.* (Fuero de Salamanca) (45).

Fuero de la defesa: El conceyo guarde la defesa que en todo el anno non ande enela yegua ninguna, e el que la yegua falare, tomela fasta que pechen I quarto de maravedi. E en todo el anno non entren y bois ni vacas ni ovexas nin cabras nin porcos. E el dia de Carnes tolientes, sea acotada

(45) Ed. Castro y Onis, 1916.

fasta el yueves de la lena; e si assi non fuesse acotada, el periuro baya a los alcaldes. En el dia de Pascua mayor hasta san Julian, los moradores de la villa que sobre si moraren, tragan en la defesa V ovexas con leche o V cabras, o una vaca con leche. E el dia de Carnes tolientes asta Pascha mayor, non ande ganado nenguno nin de alcalde nin de otro omne; e qui lo hy falare, tomelo sin toda calomnia fasta quel peche el coto. E alcalde nenguno non traga bestia nin ganado en la defesa, si non en periuro caya. (Fuero de Alba de Tormes, 1142) (46).

En el dia de Sant Miguel vengan I alcalde e I cavallero de cada una collation a jurar. E estos cavalleros guarden la sierra e los estremos e las aguas e los pinares e los montes. Aquel que pino taiare en la sierra pecte X maravedis e taien la mano diestra. E aquel que ceullos sacare del termino, pierda la bestia e todo cuando trassiere e peche X maravedis. E si vecino non fuere, sea despechado cuemo si fuesse moro. Otrosi, el que madero levare pecte X maravedis e pierda la madera. Otro si, quel quier que mont encendiere pecte D soldos. E si non, salvese con XII vezinos conombrados e responda a rriepto, assi cuemo fuero es. El conegero que montare quando el monte fuere vedado, pecte X maravedis. E tod pescador que pescare con barredera o con trasmaio, pecte X maravedis, e pierda lo que trassiere. Otro si, si alguno en el exido de conceio labrare, siquier de villa, siquier de aldea, pecto LX mencales al iuez e a los alcaldes e a los cavaleros e la heredat no le valga ni la aya. Otro si, qualquier que vacas o oveias tuviere apartadas de fuera villa o comendadas, pecte XX maravedis. Todo aquel de fuera villa que en nuestros estremos entrare sin mandamiento del conceyo o del rey, montenle de cada una grey X carneros e del busto de las baccas, I bacca e saquen las oveias e baccas de todos los estremos de la villa. Otro si, a aquel que sospecha le ovieren de ganado apartado e non gelo pudieren provar, salve se con II vecinos e sea creido (Fuero de Baeza) (47).

---

(46) Ed. Castro y Onis, 1916.
(47) Ed. Roudil, 1962.

Otro si ordenaron que quando alguna madera o lena fuere mandada por concejo a alguna persona, que sea tenudo de llamar un montanero que vaya con el a lo ver cortar, e si fuese sin montanero, que pague la pena con eldoblo, segund que el monte fuere... Otro si ordenaron que ningund vezino desta villa e su tierra no sea osado de sacar a vender leña ni madera, en qualquier manera que sea, a ninguna persona, fuera de la dicha villa e tierra, salvo si fuere de su propio heredamiento, o si lo comprare de otra persona. (Ordenanzas municipales de Villatoro, 1520) (48).

F) *Es mi merced y mando que vais al dicho sitio y termino de Matagorda en la dicha carta de suso incorporada, y aparteis, señaleis y amojoneis el lugar y sitio donde se ha de fazer y edificar la dicha villa donde vosotros vieredes que mejor estará y señaleis el suelo donde se faga la iglesia parrochial y donde se faga y esté la plaza publica y como y en que manera han de ser las calles y señaleis y adjudiqueis suelos y solares para fazer cassas a cada uno que vos pidiese faciendo obligación que verna a poblar.* (Carta-puebla de la villa de Puerto Real) (49).

En Sepúlveda consta que esta disposición foral aún seguía vigente y practicándose a fines del siglo XVIII: "*Todo aquel que viniere a morar a esta villa o tierra de Sepulveda, no hallandose con algun impedimento que lo obste para avecindarse en ella, si por ventura se le denegase por los pueblos de la vecindad, y el construir casas en ellos, recurriendo al Ayuntamiento, éste le concede solar en donde fabrique casa, cuidando en no abrogarse en tales concesiones terreno ajeno, pues siempre, y con el competente conocimiento, le señala en sitio concejil, y nunca en el de tercero alguno* ("Informe elevado por el Ayuntamiento de la villa de Sepúlveda sobre la observancia del fuero (1776-1790)" (50).

---

(48) Transcripción de R. Blasco, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, X, 1933, págs. 391 y sigs.

(49) Ed. R. de Cozar, 1912.

(50) *Apud Los fueros de Sepúlveda*, Ed. de la Diputación Provincial de Segovia, 1953, pág. 286.

G) *De lapidicinis et gipsariis.—Omnes lapidice, gipsarie, molarie, et tegularie, et etiam fontes perennes communes sint concilii. Qui in hereditate sua molariam, aut aliquam istarum predictarum habuerit, vendat eam concilio pro tanta hereditate doblata, fiatque communis.—De eo qui lapidicinam diu (occupatam tenuerit). Quicumque molariam, aut gipsariam, tegularem vel lapidicinam ultra triginta dias occupatam tenuerit, perdat laborem et sit illius qui prius illam tenuerit.* (Fuero de Cuenca). Estos preceptos se repiten con pocas variantes en casi todos los fueros del de la fmilia de Cuencia-Teruel, lo que nos evita su transcripción.

Fuentes antiguas e pozos antiguos sean de conceyo, e non los cierre nadie (Fuero de Ledesma) (51).

IV. PRESURAS Y ESCALIOS

Conforme a la tesis que reiteradamente viene afirmándose en esta obra, las primitivas asignaciones de tierras de la época repobladora se realizan de ordinario con carácter colectivo en favor de los vecinos y, posteriormente, los vecinos de una manera individual van apropiándose de parcelas concretas de la masa comunal, llegándose así a una diferenciación entre el patrimonio comunal y el patrimonio particular de cada uno de los vecinos, formándose éste a costa de aquél. Como estas apropiaciones se realizan, por lo común, mediante presuras y escalios, es forzozso hacer una referencia a tales figuras.

Ambas expresiones se repiten de continuo en las fuentes y hasta hace poco no se ha resuelto de una manera satisfactoria el problema de su recíproca delimitación. Aunque eti-

(51) Ed. Castro y Onis, 1916.

mológicamente son palabras bien distintas (52), han venido manejándose indiferenciadamente por los autores.

COSTA dio el título de "Presuras y escalios" al capítulo V de su obra clásica *Colectivismo agrario en España,* y en él se manejan ambas expresiones sin ninguna precisión. Ordinariamente habla de escalio, y sólo cuando se refiere a Castilla da preferencia al término de presura. En ocasiones junta ambas palabras para formar un solo concepto (53).

DOMÍNGUEZ GUILARTE subtitula con "La presura o escalio" un trabajo que ha sido durante algunos años la fuente principal de estudio de este tema (54).

La razón de la identificación consiste, tanto en este autor como en COSTA, en que ambos consideran el cultivo como origen y esencia de la ocupación: COSTA aprovecha la oportunidad para levantar una teoría político sociológica sobre el derecho de "ocupación por el trabajo", con un sabor muy propio de la época (55), y que diversifica luego históricamente en tres tipos: presura para labor, para pasto y para ar-

---

(52) Presura, implica ocupación, y escalio, cultivo. Según el P. SANTA ROSA DE VITERBO, presura es la "conquista o reivindicación hecha a mano armada, de la que usaron nuestros mayores cuando principiaron a tomar por fuerza las tierras y posesiones de que los sarracenos habían despojado a sus ascendientes", denominándose presores "los que antiguamente reconquistaban las tierras de que los moros se habían adueñado; a este reconquistar a mano armada llamaban presar, o hacer presa en lo que era objeto de la conquista, y los que así entraban a poseer quedaban señores absolutos de todo lo que por fuerza de las armas habían tomado, sin respeto alguno á los antiguos poseedores ni a sus descendientes". (En *Elucidario das palavras, termos as frases que em Portugal antiguamente se usaron, Apud* PUYOL, *Orígenes...*, cit., pág. 96.)

(53) Págs. 249-283. Cfr. también, por ejemplo, pág. 437: "*El derecho de presura y escalio,* que hemos definido..."

(54) "Notas sobre la adquisición de tierras y frutos en nuestro Derecho medieval. La presura o escalio", en *Anuario de Historia del Derecho Español,* t. X, Madrid, 1933.

(55) Que relaciona, además, expresamente con la obra de un autor americano, hoy casi olvidado, H. WALLACE, *Land nationalisation,* 1882.

bolado (56). DOMÍNGUEZ GUILARTE considera expresamente la presura o escalio como un "sistema de roturación y cultivo de tierras yermas", contraponiendo este modo de adquisición al que resulta de la donación expresa de los reyes (57).

Pero esta asimilación es ya inadmisible. Ahora se vuelve al concepto estricto de ambas figuras y se entiende que la presura es la ocupación por simple posesión y el escalio es la ocupación cualificada por cultivo. GARCÍA GALLO hace claramente esta distinción; pero viene a considerar el escalio (cultivo) como una circunstancia accidental que puede añadirse, o no, a una ocupación (presura) y que en todo caso la fortalece (58). Para el Padre Justo PÉREZ DE URBEL "la presura no surtía efectos jurídicos, es decir, no confería una propiedad, sino con condición de hacer producir a las tierras acupadas"; carácter que pretende precisar añadiendo más adelante: "La simple presura era un título de posesión digno de todo respeto, aunque probablemente el dominio dominical se originaría en la presura y en el trabajo consiguiente. El derecho iniciado por la presura se afirma y consolida por el escalio, que consiste en hacer productiva la tierra ocupada" (59). Más radical es DE LA CONCHA. Según él se trata de dos formas distintas de ocupación. Y en cuanto a la posibilidad —base de la separación— de que existan ocupaciones sin escalio, es decir, presuras, lo argumenta demostrando que existen presuras sobre tierras incultas (60). De esta manera tendremos, pues, dos

---

(56) *Colectivismo...*, cit., págs. 249-250.

(57) *Notas sobre la adquisición...*, cit., págs. 291-298.

(58) *Historia...*, pág. 534.

(59) En la *Historia de España*, cit., t. VI, págs. 79 y 80.

(60) Así, por ejemplo, *Colección Diplomática del Condado de Besalú*, de MONTSALVATJE y POSSAS, tomo XV, pág. 94: "... vindimus tibi casas cum orreis... terras cultas *vel incultas*... omnia quantum ibidum abemus quidquid nobis advenit *de aprisione*..." Lo que bien pudiera ser, sin embargo, la "presura para pasto", de COSTA. La existencia de baldíos que en su día fueron objeto de presura se deduce de las continuas presuras que, por ignorancia, se realizaban

formas completamente diferenciadas de realizar ocupaciones en baldíos o yermos: la presura y el escalio.

A) *Presura.*—Una vez que con lo que antecede ya ha quedado aclarado su concepto y buena parte de sus elementos, debemos precisar ahora su naturaleza jurídica, tal como la desarrolla DE LA CONCHA (61).

a) Para DOMINGUEZ GUILARTE, "la presura sólo creaba en su origen una mera posesión que luego se iba consolidando y afirmando; un poder sustancial de hecho que ganaba por el cultivo estado y naturaleza jurídica" y, más rotundamente: "la aprisión no produce inmediatamente propiedad, pero es, sin duda, fuente de ella" (62).

b) Para HINOJOSA, "como propietario de las considerables extensiones de terreno que carecían de dueño, el soberano otorgaba la posesión de ellas a iglesias, monasterios y particulares, los cuales mediante su ocupación y explotación, a que se daba el nombre técnico de aprisión, *adquirían cierto dominio* que, andando el tiempo y guardando fidelidad al soberano, se convertía en plena propiedad". A esta naturaleza jurídica, un tanto imprecisa, añade las siguientes notas: la exigencia de una concesión individual previa y el acotamiento de límites posterior, diferenciándose, además, del beneficio, en el carácter rigurosamente vitalicio, es decir, no transmisible *inter vivos* ni *mortis causa,* separado de éste (63).

c) Consideran, por último, que la presura da lugar a un auténtico derecho de propiedad: GAMA BARROS (64), CÁRDE-

---

sobre los mismos. Es lógico que si el terreno hubiere estado cultivado, no se habría intentado esta segunda e ilegal aprisión.

(61) *La "presura"*, cit., págs. 124-154.

(62) Págs. 289 y 292 (nota). Como puede verse, esta es, en sustancia, la tesis que recoge PÉREZ DE URBEL, transcrita más arriba.

(63) *El régimen señorial...*, cit., págs. 28 y sigs.

(64) *Historia de Administraçao Publica en Portugal nos séculos XII e XV*, tomo II, pág. 11.

NAS (65), AZCÁRATE (66), Julio PUYOL (67), GARCÍA GALLO (68), y DE LA CONCHA (69). Según este autor "*la presura, por el mero hecho de la ocupación es un modo de adquirir la propiedad de las tierras ocupadas sin necesidad de otros requisitos*, como pudieran ser el cultivo efectivo, la concesión real o la pacífica posesión durante un plazo determinado". Sobre los dos primeros requisitos ya se ha hablado lo suficiente; por lo que toca al último, al plazo de prescripción, hay una serie de documentos carolingios que exigen treinta años de pacífica posesión, lo que ha hecho afirmar a algunos autores (70) que se trata de una peculiaridad carolingia, que sirve precisamente para distinguirla de la presura germánica, en la que no se exige plazo alguno. DE LA CONCHA, con más prudencia, afirma (71) que a lo más que puede llegarse es a que "determinados habitantes de la monarquía carolingia, y en el momento de ser reconocidos como súbditos por el Emperador, quedaban sujetos a este plazo".

---

(65) *Historia del Derecho de propiedad*, tomo II, 1880, pág. 76.

(66) *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, tomo I, 1873, pág. 214. Este autor afirma, al menos, que el Obispo Odoario, al repoblar Lugo entendió haber adquirido un dominio hereditario perpetuo sobre las tierras adquiridas por presura (cfr. *España Sagrada*, t. XL, n. 10). Pero precisamente esta circunstancia de concesión a juro perpetuo hace sospechar a PUYOL (*Orígenes...*, cit., pág. 97) de la autenticidad de este documento, tan traído y llevado por todos los autores que se ocupan del tema.

(67) *Orígenes del reino de León...*, cit., págs. 96 y sigs. y 441 y sigs. "La propiedad de los señores procedió originariamente de dos fuentes principales, a saber: la ocupación y la cesión de tierras hechas por el rey; y colocamos la ocupación en primer lugar, porque es lo más verosímil que tal modo de adquirir precediere a cualquier otro en el orden del tiempo, dadas las circunstancias sociales de los primeros actos de la Reconquista" (pág. 441).

(68) Aunque precisando: si la ocupación se realiza más allá de la frontera, el *aprisor* adquiere la propiedad de la tierra, que nadie le disputa; pero si se realiza en yermos ya reconquistados, necesita la autorización del principe a quien ella pertenece, y ha de cumplir las condiciones impuestas por éste. *Historia...*, cit., pág. 534.

(69) *La "presura"*, cit., págs. 129 y sigs.

(70) BRUTAILS, *Etude sur la condition...*, cit., págs. 99 y sigs. "En Cataluña, la aprisio es sólo un derecho de posesión enajenable, que sólo se convierte en propiedad por el transcurso de treinta años". GARCÍA GALLO, *Historia...*, cit., pág. 534.

(71) *La "presura"*, cit., pág. 123.

En relación con este tema de la prescripción adquisitiva, deben decirse aquí también unas palabras sobre la prescripción extintiva. Si la presura se consuma por simples actos de posesión, y éstos con frecuencia no son conocidos para el extraño, puede darse el caso —y de hecho se dio con frecuencia— de realizar una presura sobre tierras ya ocupadas. De esta manera surge un litigio entre el antiguo y el nuevo poseedor. La solución parece sencilla si se parte de la hipótesis de que la presura sólo podía realizarse sobre tierras abandonadas, que por título de conquista habían pasado a formar parte de la propiedad real. Según esto, la presura sobre otra clase de tierras, sobre las que ya no pertenecían al monarca, sino a su primer aprisor, no eran posibles. "Muchas veces se da el caso de que realizada una presura sobre tierras que pudieron creerse abandonadas, al probarse ante los jueces la existencia de un derecho anterior, que tiene frecuentemente su origen en otra presura llevada a cabo antes, los presuntos derechos desaparecen, y el hecho se considera como una usurpación. Y esto aunque las tierras sigan incultas y aunque pudiera alegarse el desconocimiento de la existencia del primer presor" (72).

El Fuero Viejo de Castilla, sancionando una práctica que prueba lo corriente de esta situación, apunta una solución, en la que, sin desconocer los derechos del propietario, garantiza de algún modo la situación del poseedor de buena fe. "Si alguna tierra yace erial, e la labra algund labrador, e quando viene el tiempo de coger el pan, viene suo dueño de la tierra, e quier la segar e levar el pan della, deve el que la lavró levar el pan della e al dueño darle suo derecho de tercio, o de quarto, qual fuer la tierra, maguer que la aya labrado sin mandado de suo dueño" (73). Y en igual sentido el Privilegio otorgado por Juan II a la villa de Santa María de Nieva en 1407: "Es mi merced que los dichos *doscientos vecinos* de la villa de Santa María de Nieva puedan plantar viñas e huertas

(72) De la Concha, *La "presura"*, cit., págs. 79-80.

(73) Lib. IV, tít. 3, Ley 3.

e labrar por pan para servicio de Dios e mantenimiento de la dicha villa, en todas las tierras que están eras y tomillares fasta en media legua en derredor de la dicha villa, pagándoles a sus dueños, *si algunos salieren*, lo que fuese razonable, e visto por dos homes buenos, tomados por ambas partes que lo aprecien cuanto valen" (74).

B) *Escalio.*—Escalio es, como ya dijimos, la *ocupación por el trabajo* (75). COSTA, en la obra y lugar citados, ha recogido una amplia serie de textos sobre escalios (76), a la que nos remitimos por no considerar precisa su reproducción. A nuestros efectos, sólo interesa aquí poner de relieve un dato de gran importancia jurídica: una vez que se estabiliza la repoblación, una vez que los "maiores" han realizado sus amplias presuras, los terrenos que quedan *baldíos son aprovechados por los vecinos como si fueran comunales*. Los textos son clarísimos a ese respecto, e incluso en los ya citados más atrás hemos subrayado esta condición de aprovechamiento comunal. En la práctica no parece haber estado muy enraizada la precisa distinción conceptual que señalan las Partidas entre baldíos y comunes.

---

(74) Citado por COSTA, *Colectivismo...*, cit., pág. 439.

(75) "En su forma más pura y arcaica no interviene la autoridad: no hay sorteo ni tradición por parte de nadie; el *morador* que quiere ejercitarse en la agricultura, acota del *suelo poseído por su mancomunidad*, la porción libre que puede poner en labor con su trabajo personal y el de su familia, y lo rotura y siembra... sus descendientes suelen sucederle en la posesión y seguir cultivando. El derecho del tenedor o poseedor depende sólo del hecho del cultivo: al punto en que éste cesa, caduca y se extingue con aquél. No le es permitido traspasarlo a otra persona por venta, ni imponerle censo, ni darlo en arriendo. La tierra que después de haber sido ocupada y laborada, vuelve a quedar inculta, puede ser ocupada nuevamente por quien quiera, *sin que al ocupante anterior le asista acción de ninguna clase*, para oponerse ni para alegar derecho alguno por título de compra, de prescripción o de herencia". *Colectivismo...*, cit., pág. 249. Por lo demás, el principio de la ocupación por el trabajo aparece recogido ya en la mayoría de las leyes del período franco: *Lex Baiuvariorum*, XVI, 2; *Lex Burgundiorum*, p. 13 de exartis.

(76) No hay que olvidar, sin embargo, que este autor confunde expresamente la presura y el escalio; así, en la pág. 259, traduce *aprisionem facere* por escaliar.

El fuero aragonés *de scaliis* estatuye que todo el que señale un terreno en monte o yermo y lo roture dentro de los setenta días, lo hace suyo; pero que si deja transcurrir este término sin haberlo labrado, el señalamiento queda sin efecto y *cualquier otro vecino del mismo pueblo puede ocuparlo* y disfrutarlo en la misma forma (77).

Por un estatuto de 1567, los Jurados, Capítulo y Concejo de la Ciudad de Zaragoza, disponen que los *vecinos* "que fasta aquí han scaliado e culturado e d'aqui adelant scaliarán e culturarán tierras en los montes de la ciudat con sus bestias o despesas suyas propias", no sean perturbados en su disfrute pero "en caso que las ditas tierras por ellos presas e ocupadas remaniessen incultas por tiempo de tres anios continuos", *cualquier otro vecino y morador de la ciudad pudiese tomarlas y usufructuarlas* con exclusión de toda otra persona; y condena a la pérdida de todo derecho sobre tales heredades a aquellos que han querido "*faser propio lo que es común*", imponiendo censos sobre ellas o dándolas en aparcería (78).

Según el Fuero de Tortosa, todos los ciudadanos y moradores de la ciudad y su término "le terres hermes poden cultivar e lavrar sens embarch e sens servey, que non son tenguts de fer á nagú", pero han de estar en cultivo permanente "so penna de perderlas sus dueños y volver al común" (79).

Además de estas citas históricas nos proporciona COSTA un abundantísimo repertorio basado en el derecho consuetudinario, todavía vigente en su época, que refuerza esta tesis del aprovechamiento comunal de los baldíos. A mayor abundamiento, podría traerse aquí el testimonio de dos autores antiguos: el primero es Ibando DE BARDAXI (autor ara-

(77) Lib. III. Declarado por Jaime el Conquistador en las Cortes de Huesca, el año 1247.

(78) *Recopilación de los Estatutos de la ciudad de Zaragoza*, ed. 1635, págs. 102-104.

(79) *Código de las costumbres de Tortosa*, tomo II, 1878.

gonés que escribe a fines del siglo XVI) y quien, parece ser, ya advirtió que las tierras donde está autorizado el escalio son las *baldías,* llamadas en Aragón montes blancos *quae sunt detal ut vicini pro suis commoditatibus illis utantur,* es decir, las tierras de aprovechamiento común.

Más adelante seguiremos viendo cómo esta consideración comunal de los baldíos es una constante, que se mantiene hasta el siglo XVIII.

CAPITULO CUARTO

LOS BALDIOS

I.—Planteamiento.

II.—El concepto tradicional.

III.—Los enemigos de los baldíos.

IV.—La cuestión de la propiedad.

V.—Sus consecuencias en la legislación del siglo XVIII.

VI.—El Decreto de 4 de enero de 1813.

VII.—El siglo XIX.

VIII.—Los baldíos de Alburquerque.

I. PLANTEAMIENTO

Siendo una de las tesis de este libro la consideración de los baldíos como bienes comunales, parece necesario hacer un estudio detallado de los mismos, ya que a su importancia económica nunca ha correspondido un interés bibliográfico, y menos aún desde esta perspectiva comunal.

En el Capítulo anterior ya se ha hecho una precisa referencia a ellos en su forma primitiva de aparición: como terrenos que los cristianos van reconquistando y encuentran abandonados. En estas circunstancias, como se ha visto, el problema capital es el de su ocupación y la adjudicación de su propiedad. Con el tiempo habría de transformarse completamente el carácter de los baldíos, y con él su problemática. Los baldíos dejan de ser, política y geográficamente, objeto de conquista y repoblación para convertirse, mucho más sencillamente, en zonas incultas, de ordinario pobres y alejadas del casco urbano, pero perfectamente localizadas dentro del término municipal y aprovechadas comunalmente por los vecinos.

Esta última circunstancia, sin embargo, no supo ser debidamente apreciada y con frecuencia se negó su carácter comunal, no obstante que, como vamos a ver, así se reconoce implícitamente en la mayor parte de los textos legales y jurisprudenciales. El error suele ser consecuencia del peso de una tradición dogmática que, sugestionada por la diferenciación terminológica, traspone también esta diferencia al terreno de los conceptos.

Pero naturalmente esta explicación es insuficiente, aun siendo exacta en muchos casos. En el fondo, la diferenciación

se hace desde un determinado ángulo de perspectiva, que ofrece gran interés. Hoy, para nosotros, la naturaleza comunal de un bien viene dada por el carácter comunal de sus aprovechamientos; pero tradicionalmente no era así y el punto de gravedad se apoyaba, en vez de en los aprovechamientos, en la titularidad dominical. Y desde este punto de vista, la distinción parecía perfectamente justificada ya que la propiedad de los bienes comunales se imputaba al común de vecinos y la de los baldíos, no.

Este criterio es correcto científicamente, pero en la práctica dejaba mucho que desear: el aprovechamiento comunal es un dato perfectamente comprobable, mientras que la titularidad, a falta de documentación, es siempre discutible. Esta imprecisión era particularmente grave en los baldíos, puesto que una de sus características normales era precisamente su falta de documentación. Careciéndose de título, se reducía la imputación dominical a una cuestión dogmática o, si se quiere, a una cuestión de fuerza: el Monarca, apoyándose en una tradición confusa, pero dominante, sostenía sus derechos originarios, el Concejo afirmaba los suyos como justificante de sus aprovechamientos y, por último, no faltaban señores que aducían con éxito los suyos, invocando privilegios y concesiones reales.

Así las cosas, es perfectamente explicable la distinción entre baldíos y bienes comunales; pero forzoso es reconocer que era gravemente perturbadora, ya que el criterio de distinción entre unos y otros era muy impreciso, cuando ni el Monarca ni el señor podían probar su titularidad concreta. De esta manera, al cabo de los siglos, el más fuerte o el más hábil fue afirmando su titularidad. Y aquí llega lo inexplicable: porque en aquellos casos en que el Municipio ganó la mano a sus competidores, nos encontramos ante unos bienes comunales en el sentido más riguroso y menos discutido del término —propiedad municipal y aprovechamiento vecinal—, y sin embargo, aún así, se siguió en ocasiones hablando de baldíos. Cuando, por el contrario, la titularidad se imputó al señor, pero se reconocieron los derechos vecinales,

surge la figura de derechos *in re aliena*, y aquí tampoco es de ninguna utilidad seguir hablando de baldíos.

Por último, el caso más complejo es el de la titularidad del Monarca, y esto por dos razones: en una determinada época, porque los aprovechamientos vecinales se ven limitados por la concurrencia de derechos de personas extrañas, que alegan privilegios reales (la Mesta, por ejemplo); y en todo tiempo, porque en los casos de enajenaciones a extraños (facultad que indudablemente corresponde al Monarca-propietario) pueden provocar grandes perturbaciones en los aprovechamientos vecinales.

En todo caso, el concepto de baldíos es siempre superfluo, y va desapareciendo salvo en la tercera variedad (baldíos propiedad del Monarca); mientras que en la primera se identifica con los bienes comunales y en la segunda con una propiedad gravada con servidumbres (1).

Hoy constituyen los baldíos —jurídicamente considerados— un peso muerto en el Derecho Administrativo español, que, por suerte, ya ha desaparecido casi por completo del ordenamiento positivo, pero que aun sigue siendo un motivo de confusión en la doctrina y en el derecho histórico.

Para nosotros, dogmáticamente, la cuestión puede reconducirse a estos términos: a) si existen aprovechamientos comunales nos encontramos ante bienes comunales en todo caso; b) si la titularidad corresponde al Municipio se trata de bienes comunales típicos; y c) si la titularidad no corresponde al municipio, se trata de bienes comunales atípicos (concepto éste que aclararemos más adelante).

---

(1) Este esquema, naturalmente, está muy simplificado. Más adelante, al precisar más, perderemos en claridad lo que ganemos en detalle.

II. EL CONCEPTO TRADICIONAL

Según Escriche (2), baldío viene de la voz anticuada de *balda*, que, a su vez, procede de la arábica *balt*, y significa cosa de poquísimo precio y de ningún provecho. Los baldíos, en efecto —observa— son de poco valor pues que nada o casi nada producen.

Aquí tenemos ya que salir al paso del primer gran equívoco que ha pesado siempre sobre los baldíos: el de su escaso valor. En primer lugar, si bien es cierto que su valor relativo, es decir, por hectárea es inferior de ordinario al de las praderas y al de los campos roturados, no por ello puede menospreciarse su valor absoluto dentro del papel que juegan en la economía agraria. Los baldíos, en cuanto base de la alimentación ganadera de los pueblos, constituían un factor de equilibrio en las empresas rurales, al asegurar el aspecto pecuario de las mismas, y proporcionar estiércol (y más aún en épocas en que no se conocían los fertilizantes minerales) para las tierras de cultivo. El enorme error de la política de roturaciones —sin perjuicio de la justificación de buena parte de sus casos concretos— consistió en haber tomado en consideración solamente los rendimientos por hectárea. Los resultados ya nos son conocidos: pasada la euforia de los primeros años, la producción cerealista de estas tierras es inferior a la de su rentabilidad mínima, y ha producido el empobrecimiento de los que las cultivan. Además, se ha privado a los ganados de sus pastos rompiendo el equilibrio agro-pecuario de la economía rural y reduciendo, en fin, la producción de estiércol. Estos hechos son obvios dentro de la moderna técnica agraria, y ya hace muchos años han saltado incluso al campo de la política (3), donde se viene

(2) *Diccionario de Jurisprudencia*, 2.ª ed., t. I, 1838. Voz "Baldíos".

(3) En este sentido se declaran, por ejemplo, los Puntos de la Falange.

predicando una liberación del arado de muchas tierras que sólo incultas —la paradoja es rigurosamente cierta— son productivas.

En cuanto a su origen, la doctrina tradicional ha venido repitiendo sin critica durante casi siglo y medio la opinión de JOVELLANOS, conforme a la cual "viene no menos que del tiempo de los visigodos, los cuales, ocupando y repartiendo entre sí dos tercios de las tierras conquistadas, y dejando uno sólo a los vencidos, hubieron de abandonar y dejar sin dueño todas aquellas a que no alcanzaba la población, extraordinariamente menguada por la guerra. A estas tierras se dio el nombre de campos vacantes, y éstos son, por la mayor parte nuestros baldíos". Tal situación se prolongó durante mucho tiempo ya que "no sabiendo estos bárbaros más que lidiar y dormir, y siendo incapaces de abrazar el trabajo y la diligencia que exigía la agricultura, prefirieron la ganadería a las cosechas, y el pasto al cultivo".

Las guerras de la reconquista justificaron más adelante esta situación; pero, una vez terminada, sólo una nefasta política había impuesto la supervivencia de los baldíos: "La política y la piedad clamaban a una por el aumento de subsistencias, que el aumento de población hacía más y más necesarias; pero entrambas tomaron el rumbo más contrario. La política, hallando arraigado el funesto sistema de la legislación pecuaria, la favoreció tan exorbitantemente, que hizo de los baldíos una propiedad exclusiva de los ganados; y la piedad, mirándolos como el patrimonio de los pobres se empeñó en conservarlos, sin que ni una ni otra advirtiesen que, haciendo común el aprovechamiento de los baldíos, era más natural que los aprovechasen los ricos que los pobres" (4).

---

(4) *Informe sobre la Ley agraria*, Ed. Biblioteca Universal, 1917, págs. 26-28. Todavía en 1894 F. MELLADO *(Tratado elemental de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., pág. 920) seguía insistiendo en que el origen de los baldíos "data del tiempo de los visigodos, en que, como es sabido, ocupaban y repartían entre sí las dos terceras partes de las tierras que conquistaban, dejando la tercera a los vencidos. Abandonaban, asimismo, todas las tierras despobladas, cuyo número era muy considerable, y estos terrenos sin cultivar son los que reciben el nombre de baldíos".

La tesis de Jovellanos ha sido rechazada posteriormente en términos absolutos, ya que el origen que les atribuye es, por un lado, demasiado antiguo, puesto que es imposible enlazar históricamente los baldíos contemporáneos con los de la época visigoda (5); y, por otro lado, demasiado moderno, ya que desconoce la existencia de baldíos anteriores.

III. LOS ENEMIGOS DE LOS BALDIOS

La extensión de los baldíos a lo largo de su evolución histórica nunca ha podido fijarse más que aproximadamente: Miguel Alvárez de Osorio y Redín, escritor político del reinado de Carlos II, abogando en favor del rompimiento de las tierras baldías, supone había en España 150 millones de fanegas de tierras no cultivadas (6). Por su parte Canga Argüelles en su *Diccionario de Hacienda,* Escriche en su *Diccionario de Administración* citado y Alcubilla se hacen eco de un cálculo anónimo (7) en el que suponiendo que hay en España 136 millones de fanegadas de 24 estadales en cuadro cada una, y rebajando 14 millones por los que ocupan

(5) Ya a mediados del siglo XIX, Colmeiro —que reunia en su persona las envidiables cualidades de historiador, economista y jurista— consideraba más verosímil que los baldíos fuesen los terrenos ganados a los moros por la fuerza de las armas, y no aplicados a la dotación de ningún concejo, iglesia o monasterio, ni comprendidos en ningún repartimiento, quedando por lo mismo ociosos y vacantes. Las huellas de la concordia romano-visigótica, a que alude Jovellanos, fueron borradas con el paso de los sarracenos, que ganaron la propiedad de romanos y godos por derecho de conquista y por derecho del estado, trocándose la mayor parte en bienes de abadengo, tierras concejiles y heredamientos particulares, reservándose otra parte al Patrimonio real, y siendo perdida una porción no escasa que los reyes no aprovecharon, ni fueron objeto de alguna merced de la corona. *(Derecho Administrativo español,* 4.ª ed., 1876, t. II, páginas 112-113.)

(6) Citado en el *Diccionario de Administración* de Alcubilla, 6.ª ed., voz: "Baldíos".

(7) Titulado, al parecer, *Plan y uso que debe hacerse de los baldíos.*

los montes, ríos, pueblos y caminos, sólo se cultivan 33 millones y quedan baldías o incultas 89 millones. Como se ve los datos son poco aprovechables.

En todo caso desde el momento mismo de su creación, los baldíos han sido siempre objeto de una serie de presiones, que habían de operar constantemente a lo largo de la historia: por un lado, la codicia de los Monarcas —que veían en su venta una fuente de ingresos—, de los señores (8) —que veían en su usurpación, o recuperación, una fuente de rentas—, y de los vecinos —que veían en su usurpación, o adquisición individual, una fuente de producción—; por otro lado, la codicia de los ganaderos forasteros, concretamente la Mesta, interesados en su mantenimiento, pero alegando un derecho a pastar en ellos; y, por último, el interés de los Concejos en su mantenimiento para el aprovechamiento común y exclusivo de sus vecinos (9).

Estas presiones —prescindiendo de los impulsos individuales— son expresión de dos cuestiones diferentes: una económica y otra jurídica o de titularidad dominical.

La cuestión económica estriba en ponderar las ventajas y desventajas del aprovechamiento tradicional de los baldíos respecto de los nuevos sistemas que innovadoramente se van proponiendo. Pero, al analizar este problema surgen dos matices, que precisan un análisis separado: el uno se refiere al tema de valoración o comparación entre los cultivos individuales y los aprovechamientos comunales (y en tal sentido es examinada en otro lugar de esta obra), y el otro se refiere a la temática específica de los aprovechamientos comuna-

---

(8) Este problema, como vamos a ver, adquiere en Francia unos perfiles más agudos que en nuestro país. En España, son los monarcas, y no los señores, los principales usurpadores. Esto es una manifiesta consecuencia de la debilidad del régimen feudal en nuestro suelo o, si se quiere, de la relativa claridad de la situación jurídica de los señores, como lógico resultado de la modernidad de su origen, al menos en la mitad sur de la Península.

(9) La historia de esta evolución puede verse en VICENS VIVES, *Historia económica de España,* 1959, y más detenidamente en KLEIN, *La Mesta,* trad. esp., 1936, y NIETO, *Ordenación de pastos...*, cit., t. I.

les de los baldíos, al que ya se ha aludido más arriba, pero que merece ser tratado con más detenimiento.

En el terreno doctrinal fue JOVELLANOS el enemigo más formidable de los baldíos (10). En su conocido *Informe sobre la Ley Agraria* (11), sostiene la inferior productividad de los baldíos, propugnando su desaparición:

"Los que han pretendido asegurar por medio de los baldíos la multiplicación de los ganados, se han engañado mucho. Reducidos a propiedad particular, cerrados, abonados, y oportunamente aprovechados ¿no podrían producir una cantidad de pasto y mantener un número de ganado considerablemente mayor?... ¿Qué manantial de riqueza no abrirá esta sola providencia (la enajenación de todos los baldíos del reino) cuando, reducidos a propiedad particular tan vastos y pingües territorios, y ejercitada en ellos la actividad del interés individual se pueblen, se cultiven, se llenen de ganados, y produzcan en pasto y labor cuanto pueden producir? Es muy digna de la atención de Vuestra Alteza la observación de que los países más ricos en baldíos son al mismo tiempo los más despoblados, y que en ellos la falta de gente, y por lo mismo de jornaleros, hacen muy atropelladas y dispendiosas las operaciones de sus inmensas y mal

(10) Al menos fueron sus ideas las que dominaron la evolución económica española del siglo XIX, que liquidó la estructura tradicional de la economía rural; pero no fue él su único enemigo. Por la misma época existe en España otra tendencia, decididamente contraria a los baldíos, aunque basándose en puntos de vista muy distintos a los de JOVELLANOS. FLORIDABLANCA, CAMPOMANES y OLAVIDE son los representantes más significados de esta tendencia administrativa tradicional (en contra de la civilística-liberal que representaba JOVELLANOS), y cuyas ideas plasmaron en la abundante legislación agraria de finales del siglo XVIII. Cfr. sobre esta cuestión: BALLARÍN, *La agricultura española en sus aspectos jurídicos*, 1962, págs. 9 y sigs. Lo más enjundioso de las doctrinas de los Condes de FLORIDABLANCA y CAMPOMANES sobre este punto puede verse en el *Memorial ajustado del expediente de Concordia que trata el Honrado Concejo de la Mesta con la Diputación General del Reino y provincia de Extremadura ante el Ilustrísimo Sr. Conde de Campomanes del Consejo de Cámara de S. M. su Primer Fiscal y Presidente del mismo Honrado Concejo*, Madrid, 1783 (dos tomos). El *Informe sobre la Ley Agraria*, de PABLO DE OLAVIDE, ha sido publicado por CARANDE en el *Boletín de la Real Academia de la Historia*, t. 139, cuaderno II, 1956. Sobre su personalidad y obra, cfr. el reciente libro de M. DEFOURNEAUX, *Pablo de Olavide ou l'afrancesado*, París, 1959.

(11) Se ha manejado la edición de la Biblioteca Universal, Madrid, 1917, dos volúmenes. Cfr. en especial I, págs. 25-33.

cultivadas labranzas. La enajenación de los baldíos, multiplicando la población con las subsistencias, ofrecería a este mal el remedio más justo, más pronto y más fácil que puede desearse".

El librito de JOVELLANOS fue la biblia de los economistas agrarios del siglo XIX y la inspiración de toda la legislación sobre la materia hasta llegar a la renovación de finales de siglo. Todavía en vísperas de la misma, en 1876, aún seguía insistiendo COLMEIRO en que "si la agricultura ha de prosperar, y si la riqueza pública ha de recibir un razonable incremento en España, es preciso abrir paso al interés individual, facilitando el tránsito de estas tierras del dominio del Estado a la propiedad particular. Consúltese enhorabuena las necesidades locales, modifíquese el principio tomando en cuenta los fueros, usos, costumbres y otros accidentes de la vida social (12); pero reprímanse también las pretensiones

(12) Cfr. a este respecto las mucho más acertadas palabras de ESCRICHE, escritas a primeros de siglo (en el lugar citado en la nota 2): Los economistas quieren que el método que se adopte para la enajenación de baldíos no sea uniforme para todas las provincias, sino que haya de acomodarse a sus costumbres, fueros, abundancia o escasez de capitales y demás circunstancias de cada una de ellas. En unas convendría hacer las ventas a dinero contante o a plazo cierto: en otras, a censo reservativo, bajo un crédito moderado y con facultad de redimir el capital por partes para adquirir el dominio absoluto: en algunas podría ser útil hacerlas en grandes porciones, y en muchas en pequeñas suertes.

JOVELLANOS —desarrollando su dogma de liquidación de los baldíos— también había rechazado expresamente un sistema unitario, llegando a analizar con algún detenimiento las diferentes posibilidades que la variedad del derecho y de la geografía ofrecían. Según esto, podía seguirse un sistema de: *a)* repartimientos, que "favorecen más inmediatamente la población, pero depositan las tierras en personas pobres e incapaces de hacer en ellas mejoras y establecimientos útiles por falta de capitales"; *b)* ventas, que tienen el inconveniente de que al ser adquiridas las tierras por los ricos "favorecen la acumulación de la propiedad y provocan en los territorios despoblados el establecimiento de labores inmensas, cuyo cultivo es siempre mayor y dispendioso"; *c)* infeudaciones, que tienen el "inconveniente de ser embarazosas en su establecimiento y administración, expuestas a fraudes y colusiones"; refiriéndose, por otra parte, a las variedades geográficas, indica que: *d)* en Andalucía convendría empezar vendiendo a censo reservativo a vecinos pobres, y las restantes tierras podrían venderse en lotes de mayor importancia, primero a dinero contante o a plazos afianzados, y luego a censo reservativo; en las dos Castillas, convendría empezar vendiendo en

egoístas, el monopolio de los intereses y las rutinas perjudiciales" (13).

IV. LA CUESTION DE SU PROPIEDAD

La segunda cuestión a que hemos aludido antes —la de la propiedad— dista mucho de estar resuelta en el derecho español; es más, ni siquiera ha sido debidamente discutida (14). Rebasando el esquema expuesto en el epígrafe primero, vamos a entrar ahora en el detalle concreto de las posibilidades y teorías que en su día han llegado a sostenerse.

Por lo pronto, debe rechazarse de plano la tesis, ligeramente aducida por algunos autores, de que se trata de bienes *nullius*, sobre los que aún no se han realizado actos posesorios. Esto, en realidad, sólo muy aisladamente ha debido ocurrir: en épocas remotas, en zonas muy agrestes o en despoblados. Además, el problema que se plantea, el de la atribución genérica de propiedad, es independiente de los actos posesorios sobre bienes concretos (15).

---

pequeñas porciones al contado o a plazos, y el resto distribuyéndolas a censo reservativo, y *f)* en las provincias septentrionales la solución podría ser el foro otorgado a estilo del país, pero libre de laudemio y con una moderada pensión en grano. (Cfr. su *Informe sobre la ley agraria*, cit., I, págs. 30-33).

(13) *Derecho administrativo*, 4.ª ed., 1876, t. II, págs. 115-116.

(14) "El mismo planteamiento de la cuestión ya puede parecer extraño, puesto que decir baldíos *o vacantes*, es reconocer que no pertenecen a nadie y que el uso es común a todos." GLASSON, *Histoire du droit et de institutions de la France*, t. VII, 1896, págs. 265-266.

(15) En todo tiempo ha encontrado entre los filósofos gran aceptación la teoría de que la ocupación es el origen de la propiedad y de que, por tanto, los bienes vacantes corresponden al primer ocupante. Así, GROCIO, *De jure belli*, II, 2 y 3; PASCAL, *Pensées*, VII, 50; ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inegalité*. Pero, como se insiste en el texto, esta actitud parte, si se aplica a los baldíos, de un falso supuesto: no se trata de determinar los derechos del primer ocupante, sino de la atribución genérica de la propiedad. La teoría regaliana (recuérdese también el brocardo: *Nulle terre sans seigneur)* prescinde

Descartada esta hipótesis, la tesis dominante atribuye la propiedad de los baldíos al Monarca con base al *ius gentium*. Las tierras despobladas y conquistadas —a los moros durante la Reconquista y a los indios en América— corresponden por derecho de guerra al Monarca.

También debe separarse esta cuestión de las prevenciones reales en la época de la Reconquista para poblar los desiertos que iban conquistándose a los moros. Estos "despoblados" tienen una significación política, económica y jurídica muy distinta a la de los baldíos en sentido moderno, tal como hemos tenido ocasión de comprobar en las páginas anteriores, y en cuanto objeto de conquista correspondían por derecho de guerra al monarca. Jurídicamente suelen configurarse como una regalía (16), lo que en la Edad Moderna, especialmente por lo que se refiere a América, se acepta como un dogma. Pero debe tenerse presente en todo caso que la teoría de las regalías, en cuanto figura jurídica, aparece cronológicamente cuando ya se ha reconquistado buena parte de la Península.

Esta regalía de conquista suele ser la gran cobertura de los juristas regios que quieren atribuir el dominio de los baldíos al soberano; pero al cabo de los siglos fue perdiendo relieve como consecuencia del lógico ahilamiento del recuerdo de la conquista: En substitución o, más bien, como apoyo concurrente de la tesis regaliana fue afirmándose cada vez más la teoría que justifica este dominio en el *ius eminens* del soberano.

---

conscientemente de la realidad de las ocupaciones. Es curioso como esta doctrina se mantiene viva aun en la actualidad. El articulo 2.º de la Ley de 1.3.1945 integra en el Patrimonio Forestal del Estado los "*baldíos*... de propiedad indeterminada y de uso público".

(16) "La conquista representa su verdadera ocupación. El rey jurídicamente era el nuevo dueño por título originario, el señor del derecho en nombre del Estado, de aquí que tuviese una amplia facultad de disposición innegable sobre el territorio yermo ganado por sus armas. En nuestra Edad Media no puede hablarse nunca de una regalía sobre todas las tierras fruto de conquista al modo romano, sino de una regalía parcial sobre las tierras que no tienen titulares" (DOMÍNGUEZ GUILARTE, *La adquisición*..., cit., págs. 288-289).

Pero no es posible determinar con seguridad hasta qué punto pudo aplicarse aquí la teoría del dominio eminente del soberano; ya que parece muy dudoso que haya jugado un papel importante, no sólo por la relativa inoperatividad de la doctrina (17), sino por el momento de su formación y desarrollo, demasiado tardío, cuando ya era casi imposible encontrar despoblados sobre los que no hubiera ejercido alguien actos de posesión.

A nuestro modo de ver la suprema razón de las pretensiones reales sobre los baldíos se encuentra en el viejo principio de *quia ego nominor leo,* al que nunca falta una expresión jurídica facilitada por complacientes juristas.

Es curioso que la legislación de las Partidas no mencione expresamente a los baldíos en sus normas, minuciosas por otro lado, y que, como ha de verse, regulan las propiedades comunales con tanto detalle. Para nosotros, estos bienes deben considerarse comprendidos dentro de los "montes, e las dehesas, e todos los *otros lugares semejantes* destos, que son establecidos, e otorgados para *procomunal* de cada Cibdad, Villa o Castillo", de que habla la l. 9, tit. 28, P. 3. Esta afirmación —que no es contradicha por los comentaristas— supone nada menos que la imputación de los baldíos al común de vecinos, y es muy atrevida por cuanto se opone a la tesis real; pero puede apoyarse no sólo por la analogía interna de estos tipos, sino por la dificultad de encajarles en otro lugar. Además se ve corroborada por disposiciones posteriores, ciertamente muy separadas cronológicamente de la fecha

---

(17) Cfr. NICOLLINI, *La propietà, il Principe e l'espropiazione per pubblica utilità,* 1952, págs. 91 y sigs. La práctica jurisdiccional de los siglos XVI y XVII entiende que, si bien es cierto que no hay ningún derecho de propiedad que pueda oponerse a la absoluta *potestad* del príncipe, no se encuentra en su potestad ordinaria la facultad de privar a una corporación de su propiedad. Cfr. también GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht,* t. IV, pág. 132. En España, PUYOL considera el dominio eminente del monarca como una manifestación de su "señorío eminente", comprobándose la existencia de aquél durante la Edad Media en los signos de la confirmación de la ocupación y de la autorización de transmisiones *(Orígenes...,* cit., págs. 421 y sigs.).

de la aparición de las Partidas, pero dictadas en el espíritu doctrinal de las mismas y que nos demuestran un abandono de las seculares pretensiones del Monarca y un reconocimiento de la tesis comunal que va progresando inexorablemente: la forma de los aprovechamientos atrae y absorbe la titularidad dominical.

Este es el sentido de lo dispuesto por Felipe II en las Cortes de Madrid de 1586 (petición 12) y en las de 1593 (petición 31) al mandar que "se tenga la mano de aquí adelante en no proveer Jueces que vendan las tierras concejiles y términos públicos y *baldíos, que las Ciudades, Villas y lugares de estos Reynos han tenido por propios:* y que no se envien Jueces a vender ni remedir tierras públicas y *baldías* y que si por alguna causa algunas tierras de las vendidas se hubieran de remedir, las demasías que se hallaren no se vendan, si no que *queden por públicas y concejiles*" (18). E igualmente lo dispuesto por Felipe III en Segovia a 21 de agosto de 1609 por condición en la concesión y servicio de los diez y siete millones y medio, y Felipe IV en 1632, al declarar "que aunque por nuestras provisiones y Reales cédulas hemos hecho merced a estos Reynos de mandar que no se vendan *tierras baldías*, ni árboles ni el fruto de ellos; para que lo susodicho se guarde y cumpla inviolablemente ahora y en todo tiempo, damos nuestra fe y palabra Real por Nos y por nuestros sucesores de lo guardar, cumplir y executar ansí, y hagamos de ello para mayor firmeza ley. Y por ser cosa conveniente al bien común de estos Reynos, y hacerles bien y merced, lo hemos tenido por bien: y así prometemos... que no venderemos ni enajenaremos *tierras baldías*, ni árboles ni el fruto de ellos, si no que quedará siempre lo uno y lo otro para que *nuestros súbditos y naturales tengan uso y aprovechamiento* que de las dichas tierras baldías y árboles y frutos de ellos, han tenido y tienen conforme *a las leyes de estos Reynos, y a las ordenanzas que tuvieren y hicieren por Nos confirmadas*" (19).

(18) Ley 1, tit. 23, lib. 7, Novísima Recopilación.
(19) Ley 2, tit. 23, lib. 7, Novísima Recopilación.

A la vista de tan interesantes textos podemos hacer las siguientes conclusiones, válidas a partir de la Edad Moderna:

1.º) Los baldíos son de aprovechamiento comunal.

2.º) No se hace una declaración expresa de quien sea su propietario, pero al no ser el Monarca (y no lo es porque *de iure* no puede vender) ni los propios vecinos individualmente (nunca fue alegado así por ellos) no queda más solución que la de que se trata de una propiedad del Concejo, que, sin embargo, por las dificultades técnicas de su determinación jurídica, se evita definir.

3.º) El Monarca, no obstante carecer de facultades de venta, así lo está realizando continuamente. Al Concejo y a falta de una jurisdicción competente, no le queda otra defensa que la vía política, que ejerce constantemente cuando se le da ocasión en las Cortes, y siempre con éxito; pero las declaraciones solemnes y reiteradas de los Monarcas son incumplidas sistemáticamente (20).

---

(20) Esta cuestión será analizada con más detenimiento al tratar de la propiedad comunal en general. Por lo que a los baldíos afecta, cfr. la nota 17. En el mismo lugar, recuerda GIERKE la doctrina de la jurisprudencia portuguesa de los siglos XVI y XVII: El Rey, en cuanto *dominus totius regni*, puede disponer sobre los bienes de la ciudad, donarlos o permitir que se edifique sobre ellos; ahora bien, si priva de un *dominium particulare* debe indemnizar su valor. Limitación que, incluso, no es precisa en los *bona communis civitatum ad usum publicum destinata*, y, en todo caso, cuando se trata de un *fundus vacuus et incultus*, pues los *bona publica* no son *in civitatis patrimonio*, sino *nullius in bonis*, y exclusivamente *in universali Regis dominio*; ahora bien, sería recomendable que el Rey obtuviera licencia del Concejo, en cuanto así se producen perjuicios a las instituciones comunales. Esta tesis de que se trata de bienes *nullius in bonis* es, por lo demás, muy discutible y, además, no hay que olvidar que en España median las solemnes promesas reales, a las que el propio monarca ha dado fuerza de ley. Conviene insistir, una vez más, en que ahora nos estamos refiriendo a una época muy distante de la alto medieval. Estamos muy lejos ya de los tiempos en que el monarca mandaba a sus condes a repoblar las zonas fronterizas desiertas. El interés de los estudios históricos estriba tanto en marcar las analogías, como las diferencias de una institución con el correr del tiempo. Como ya hemos visto, la propiedad originaria del monarca sobre los baldíos o desiertos de la Alta Edad Media, aunque con unas características muy diferentes a las de la Edad Moderna, operaba implícitamente mediante las figuras de la concesión y, en su caso, el reconocimiento. Para HINOJOSA, esto es obvio. Un testi-

4.º) Pudiera presentarse la duda de que se tratase de una propiedad pública, y no concejil, en el sentido de que pudiera utilizarse por todos los súbditos y naturales de los Reynos, y no sólo por los vecinos del Concejo. Esta tesis, que encontraría su apoyo legal en la Declaración de 1583, podría reforzarse por la tradición multisecular de unos aprovechamientos realizados por extraños al Concejo local, concretamente, por el Honrado Concejo de la Mesta y de la Real Cabaña de Carretería. Ahora bien, estos aprovechamientos nada dicen en contra de la afirmación primera, ya que se basan en un privilegio que se refiere concretamente a unos cuantos individuos —lo que excluye la idea de bienes públicos— y que siempre fueron considerados como *iura in re aliena.*

5.º) Como resultado de cuanto antecede se reafirma la tesis, ya sentada, de que los baldíos deben integrarse dentro de los llamados bienes comunales, con las precisiones señaladas en el epígrafe primero de este capítulo y lo que se indica más adelante (21).

---

monio de la época —la célebre sentencia que recogen CARRERAS y CANDI en *Lo Montjuich de Barcelona,* 1903, págs. 182 y sigs.— lo prueba concluyentemente: "Suscitóse en el año 1013 una contienda judicial entre el Monasterio de San Cugat y Adalaizis, viuda de Guillermo, veguer de San Martín, acerca de unos estanques y ciertas tierras yermas en Calders. Decidióse la cuestión asignándose a las partes contendientes, por partes iguales, el objeto del litigio; pero renovóse éste en 1016 respecto de los yermos, y entonces, fundándose el tribunal del Conde en que ninguno de los litigantes había podido demostrar su derecho sobre aquella tierra, que constaba, por otra parte, estar desde hacía muchos años yerma y sin habitantes, resolvió que más bien debía considerarse propiedad del soberano como todas las tierras yermas, adjudicándosela al Conde". *(El régimen señorial...,* cit., págs. 38 y 39.) Lo que está, a mi modo de ver, por demostrar es hasta qué punto estaba extendido este criterio jurisprudencial. Las circunstancias del proceso demuestran palmariamente que la doctrina no era conocida por las partes, pues si no, no se explica que acudieran al tribunal del Conde. Además, la cesión posterior de las tierras litigiosas al Monasterio de San Cugat, parece indicar que se trata de una solución de compromiso.

(21) El más interesante desarrollo del tema entre los autores modernos se debe a FAIREN GUILLÉN, *La alera Foral,* 1951. Aun partiendo acríticamente del concepto tradicional de que son bienes de dominio público (pág. 49), insiste repetidas veces en el carácter comunal de sus aprovechamientos. Esto, sin excepción en una primera época (pág. 50, nota 116, *in fine),* antes de que surgiese la diferenciación

En la historia de Madrid hay un ejemplo concluyente (recogido por GIBERT (22) que prueba nuestra tesis: iniciada una repoblación, que luego es prohibida por el Monarca, la Villa ordena suspenderla e incluso revocarla, disponiendo —dice el texto original— que la dehesa en cuestión "quede para pasto común como antes". Los terrenos no repoblados, los baldíos o despoblados, se dedican, pues, al aprovechamiento común.

En el siglo XIX habría de consagrarse, por otra parte, la existencia jurídica de una variedad de baldíos —los llamados *baldíos realengos*— en los que se admitía pacíficamente la propiedad del Monarca, mejor dicho del Estado, incluida la facultad de enajenar (23). En estos casos, para obviar la notoria dificultad de una ausencia de titulación, se declara que puede "bastar, a falta de documentos, la posesión en que el Estado se encuentra de los terrenos de esta clase, mucho más, cuando los Ayuntamientos de los pueblos en cuyo término se hallaren no contradigan la posesión, ni se opongan a la renta con razones fundadas" (24). La enajenación se justificaba por el interés de "reducir a cultivo los baldíos generalmente incultos e improductivos; debiendo el concesionario quedar obligado a ejecutarlo así dentro del término que se le señale" (art. 4.º).

En *Alemania*, los baldíos fueron considerados siempre como bienes comunales, en cuanto integrados en la marca comunal y no repartidos. Al describir MAURER los elementos

---

entre bienes comunales y de propias; e incluso dando por supuesta la existencia de baldíos de propios, su régimen sería en un tiempo idéntico al comunal.

(22) *El Concejo de Madrid,* I, 1946, pág. 81.

(23) Cfr. la R. O. de 10.1.1850 "sobre la manera de instruir los expedientes para la enajenación de baldíos realengos".

(24) Artículo 1.º de la R. O. citada en la nota anterior. Obsérvese la extraordinaria cautela con que se admite la existencia de estos baldíos realengos, en otro tiempo tan ficticiamente generalizados, y tan abusivamente vendidos.

que componen esta Marca o *Allmende* incluye entre ellos, sin vacilar, los baldíos: *agri inculti*, *campi vacantes* y *campi aperti* (de la *lex Wisigotorum*), que a partir del siglo XII se empezaría a llamar campos desiertos —*Wüstungen, vastitates, vasinae, Oedengründe* (25).

Quizá sea conveniente estudiar este problema con más detenimiento en *Francia*, ya que allí con ocasión de una serie de leyes de la época de la Revolución alcanzó esta cuestión de la propiedad de los baldíos unos perfiles doctrinales muy agudos, de los que en todo caso resulta su consideración como comunales.

En 13 de abril de 1791, como desarrollo en cierta manera de los grandes Decretos de agosto de 1789, se dictó una ley, en cuya sección cuarta quedaban "así regulados los derechos de posesión sobre los baldíos:

7.º): Los derechos... de apropiarse de baldíos y vacantes ya no tendrán lugar más en favor de los señores, a contar de la publicación de los decretos de 4-8-1789, y por su parte los señores ya no quedan obligados al cuidado de los niños abandonados.

8.º): Esto no obstante, los baldíos... de que hayan tomado los señores pública posesión con anterioridad al decreto de 1789 (-8), en virtud de leyes, costumbres, estatutos o usos locales entonces existentes, les pertenecen como irrevocablemente adquiridos, bajo las reservas siguientes.

9.º): Se considera que los señores de justicia han tomado públicamente posesión de los terrenos en la época señalada en el artículo precedente cuando antes de la misma les han acensado, enfeudado, arrendado, cerrado, cultivado o hecho cultivar, plantado o hecho plantar, o aprovechado de cualquiera otra manera con tal que haya sido a título de propie-

---

(25) *Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland*, 1865-1961, I, págs. 51-52.

dad; y por lo que respecta a bienes abandonados por antiguos propietarios cuando se hayan hecho las publicaciones y cumplido las formalidades requeridas por la costumbre para la toma de posesión de esa clase de bienes.

Posteriormente, otras dos leyes vinieron a hacer auténticas declaraciones dogmáticas, no ya sobre la posesión, sino sobre el derecho de propiedad de los baldíos: Así en la ley de la Asamblea legislativa de 28 de agosto de 1792 se afirma que los baldíos *sont censées apparttenir* a las Comunas; y en la ley de la Convención de 10 de junio de 1793 se declara que pertenecen *por naturaleza* a las Comunas. Como puede apreciarse, ambas declaraciones distan mucho de ser idénticas, lo que vino a enturbiar este problema, bastante confuso de suyo, de la propiedad de los baldíos. Y sobre tal punto fueron también encontradas las posiciones de los autores y de la jurisprudencia.

a) Según PROUDHON (26) cuando la ley de 1793 ha declarado que los baldíos pertenecen a los comunas por naturaleza no ha hecho más que obedecer a los principios rigurosos del derecho.

Su sistema se basa en los fundamentos históricos siguientes: Cuando los francos, los visigodos y los burgundios conquistaron el país de los galos, los jefes dieron las tierras a sus capitanes en recompensa, a cargo del servicio militar (así MONTESQUIEU). Ahora bien, los concesionarios de estas tierras, al no tener sus derechos más que en razón de su conquista, no han podido adquirirlas más que con la toma de posesión. Por ello, si las comunas han continuado poseyendo las tierras, no han sido despojadas por el acuerdo convenido entre los conquistadores y sus capitanes, ya que una tradición era indispensable para investir a aquellos. De aquí la consecuencia de que cuando las leyes de la revolución han reemplazado a éstas, en el dominio de las comunas, no han hecho más que reconocer una propiedad innata.

---

(26) *Traité de l'usufruit*, t. VI, núms. 2.837 y sigs. y 2.859 y sigs.

b) Según Latruffe-Montmelian (27) los baldíos eran considerados como propiedades públicas antes del establecimiento de los feudos: *Sylvarum, montium et pascuorum unicuique pro rata suppetit esse communem* dice la ley de los burgundios. No hay ninguna duda de que en esta época los baldíos eran comunales por naturaleza. El feudalismo vino a cambiar este estado de cosas. Los señores consideraron los baldíos como una dependencia de sus feudos, y quisieron que fuesen considerados como bienes señoriales por naturaleza. En su consecuencia, se apoderaron de éllos y al principio les dejaron para el aprovechamiento de las comunas, mediante un censo o una renta; pero luego se permitieron hacer desaparecer este aprovechamiento e incluso roturar algunos. Las comunas se quejaron y Enrique II escuchando sus reclamaciones, prohibió por un edicto de abril de 1567 "a toda persona, cualquiera que fuese su condición, usurpar los baldíos y comunales de sus súbditos". Los señores no respetaron esta prohibición y continuaron sus usurpaciones; por eso al declarar ahora la ley que los baldíos eran comunales por naturaleza, no ha hecho más que rendir homenaje a la verdad y reconocer una propiedad preexistente.

c) Al Presidente Henrion de Pansey (28) se debe el intentó más logrado de armonizar ambos preceptos y, por lo demás, su opinión encontró una excelente acogida entre los autores de la época. Según él, los baldíos, al no estar poseídos, nadie puede reclamar su propiedad ni por título ni por prescripción. Ahora bien, no están a disposición del pri-

---

(27) *Traité des droits de communes sur les biens communeaux*, tomo I, pág. 256. Citado por Henrion de Pansey, cfr. nota siguiente.

(28) *Des biens communeaux et de la police rurale et forestière*. Esta obra, que apareció primero en el mismo volumen célebre: *Traité du Pouvoir municipal*, fue completada en 1827 por el *Du régime des bois communeaux selon le nouveau Code forestière*. En la edición *Oeuvres judiciaires du Président Henrion de Pansey*, Paris, Chez Gennequin ainé, sin año, que es la que hemos consultado nosotros, aparecen refundidas ambas obras con el título que encabeza esta nota. La cita corresponde a las págs. 303 y sigs. Sobre el autor, García de Enterría, "La configuración del régimen municipal francés de la Revolución a la Restauración", en *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, III, 2.º, 1961, págs. 43-44, nota.

mer ocupante. El derecho de poseerles está reservado al supremo magistrado territorial. Este, a partir de la revolución, es el Rey, pero antes eran los señores quienes tenían ésta y otras prerrogativas a cambio de sus múltiples deberes: cuidado de niños abandonados, administrar justicia, etc., etc.

De esta manera, "los señores, que antes de la abolición de las justicias señoriales ocuparon baldíos, no abusaron de su poder feudal sino que realizaron algo que tenían derecho a hacer: propietarios del árbol, recogieron los frutos; nada más legal".

La consecuencia práctica de esta tesis es una rotunda defensa de los derechos adquiridos de los nobles, ya que el pretender despojarles, al amparo de estas leyes, de los baldíos que ya poseen, supondría dar un carácter retroactivo a las normas, tendencia que, debilitada la primera euforia revolucionaria, fue rechazada por el *Code civil.*

d) Por lo demás, esta tesis de HENRION es la que parece estar más de acuerdo con la jurisprudencia. La *Cour de Cassation* en *arrêt* de 2 vendimiario del año VII *(dame veuve Chazeron et commune d'Offrou)* entendió que si el artículo 1 de la sección IV de la ley de 10-8-1793 declara que pertenecen a las comunas, por su naturaleza, los bienes comunales conocidos con los nombres de baldíos, pantanos, etc., este artículo supone que tales tierras están incultas, y por ello la comuna que reivindica sus bienes debe necesariamente probar que les había poseído antiguamente y que fue despojada de esa posesión por el poder feudal. Y posteriormente, el mismo Tribunal en un *arrêt* de 14 vendimiario del año IX (entre *commune Pons et de Guerrieux et sieur Gaudechara)* volvió a insistir en que "si, por una parte, la ley de 10-8-1793, sección IV, artículo 1, dice que todos los bienes comunales, en general, pertenecen por naturaleza a los habitantes de las comunas en el territorio de la cual se encuentran situados, de otra parte, no hay que perder de vista la disposición

del artículo 8 de la ley de 28-8-1792 que determina que para hacerse reintegrar en la propiedad y posesión de los bienes que reclaman, deben justificar las comunas haber poseído antiguamente dichos bienes, y haber sido despojadas de los mismos, en todo o en parte, por los señores. Para conciliar estos dos artículos, de los cuales el uno parece conceder a los habitantes de las comunas una propiedad indefinida, en tanto que el otro no les autoriza a hacerse reintegrar más que en una propiedad justificada, hay que distinguir entre los bienes comunales propiamente dichos, como los baldíos —a los que se aplica la ley de 10-8-1793— y los bienes de valor y productivos a que se refiere la disposición de la ley de 28-8-1792: No tratándose de bienes comunales por naturaleza, o habiendo dejado de serlo, las comunas deben justificar previamente que les habían poseído con anterioridad o que habían sido despojadas de ellos por los señores; y sólo frente a esta prueba de antigua posesión o de espoliación es cuando los señores están obligados a oponer un acto auténtico que constate que han comprado o adquirido legítimamente tales bienes".

Por las peculiaridades que ofrece, también merece una referencia especial el estudio de esta cuestión en *América.*

El descubrimiento de las Indias dio lugar a una situación, que en España había sido ya prácticamente olvidada desde hacía varios siglos: la existencia de inmensas extensiones de terrenos baldíos o abandonados, que era preciso poblar y cultivar. El problema se enlaza, pues, con el planteado en los primeros siglos de la Reconquista, y es muy distinto al existente posteriormente en la Península, a saber, el aprovechamiento de parcelas concretas, más o menos grandes, y sin propietario conocido enclavadas en un término municipal. Acabamos de ver las consecuencias de esta diferenciación de cuestiones: La primera debe ser resuelta con los criterios generales de una política repobladora y de conquista, mientras que la segunda es una cuestión técnico-jurídica de atribución de titularidades dominicales o, al menos, de aprovechamientos.

Nada debe extrañar, por tanto, que el régimen de propiedad de la época del descubrimiento y colonización de América responda a principios muy semejantes a los de los primeros siglos de la Reconquista.

"Por virtud del descubrimiento y de la conquista subsiguiente, todas las tierras de las llamadas Indias Occidentales fueron consideradas, jurídicamente, como *regalía* de la corona castellana; en consecuencia, el dominio privado sobre las tierras de referencia había de derivar forzosamente de una gracia o merced real" (29), que se articulaba fundamentalmente a través de los siguientes institutos:

a) La Capitulación, o contrato entre la Corona y un particular o grupo de particulares, mediante el que se regulaban las condiciones de la conquista y población, señalándose las recíprocas obligaciones y derechos de las partes y entre éstos, como es obvio, las adjudicaciones de terrenos.

b) Reales Cédulas, Provisiones, Ordenanzas y leyes que regulaban con carácter más general esta misma materia. Emanadas directamente del poder real, fueron más numerosas e importantes, conforme el ritmo de las colonizaciones hizo casi imposible su regulación mediante capitulaciones individualizadas, y también, conforme al transcurso del tiempo, había ido publificándose el régimen, que en sus primeros años fue predominantemente contractual y privado. Aquí son de destacar las Ordenanzas de descubrimiento y nueva población de 1573 y la Recopilación de leyes de las Indias de 1680.

c) Las Reales Cédulas de gracia o de merced, por las que se adjudicaban directa e individualmente terrenos, con independencia de la realización del descubrimiento y conquista, y cuyo uso fue generalizándose con el tiempo.

---

(29) J. M. OTS CAPDEQUI, *España en América,* 1959, pág. 7, a quien seguimos, en líneas generales, en este tema, "Una de las regalías más preciadas", dice el mismo autor en "El derecho de propiedad en la legislación de Indias" *(Anuario de Historia del Derecho Español,* II, 1925, pág. 29).

d) Mediante remate o adjudicaciones en pública subasta. Aqui se marca ya el momento de transición entre las dos etapas que hemos señalado. Ya no se trata de una concesión gratuita del monarca, en la que primero se determina al titular del derecho y la extensión del mismo y posteriormente se concreta este derecho en unas parcelas, sino que inversamente, queda primero determinada la parcela, y su adjudicación se realiza luego mediante el procedimiento oneroso de la pública subasta. Consagra legalmente el sistema una Real Cédula de 1591 (incorporada luego a la ley 14, título 12, libro IV de la Recopilación de 1680) en la que se insiste rotundamente en la titularidad dominical genérica de la Corona sobre todos los territorios que no se hubieren adjudicado previamente:

> "Por haber Nos sucedido enteramente en el señorío de las Indias y pertenecer a nuestro Patrimonio y corona real los valdios, suelos y tierras, que no estuvieron concedidos por los señores Reyes nuestros predecesores o por Nos, o en nuestro nombre, conviene que toda la tierra que se posee sin justos y verdaderos títulos, se nos restituya según y como nos pertenece, para que reservando ante todas cosas lo que a Nos, o a los Vireyes, audiencias y gobernadores pareciere necesario para plazas, ejidos, propios, pastos y valdíos de los lugares, y concejos, que están poblados, así por lo que toca al estado presente en que se hallan, como al porvenir y al aumento que pueden tener y repartiendo a los Indios lo que buenamente hubieren menester para labrar, y hacer sus sementeras, y crianzas, confirmándoles en lo que ahora tienen, y dándoles de nuevo lo necesario, toda la demás tierra quede y esté libre y desembarazada para hacer merced, y disponer de ella a nuestra voluntad" (30).

Un reflejo de esta celosa defensa de su prerrogativa, se encuentra en la circunstancia de que era el mismo monarca

(30) A mi entender, hay, sin embargo, un testimonio valioso, y muy significativo en razón a su fecha, en que al monarca se escapa, quizá inadvertidamente, un reconocimiento del carácter comunal de los aprovechamientos de los baldíos. Me refiero a la Real Cédula de 22 de julio de 1497, en la que, después de regular los primeros repartimientos de tierras, se declara "e que todo ló otro descercado, coxidos los censos a esquilmo dello, sea pasto común e baldío de todos" (citado por Ots Capdequi, pág. 50).

quien había de otorgar directamente cualquier tipo de concesiones, hasta el punto de que las realizadas por las autoridades coloniales, aún con la debida delegación, precisaban posteriormente la confirmación real.

e) La composición. "Figura jurídica por la cual, en determinadas circunstancias, una situación de hecho —producida al margen o en contra del derecho— podía convertirse en una situación de derecho, mediante el pago al Fisco de una cierta cantidad" (31). De esta manera lograron regularizar su situación los particulares y Cabildos, que hubiesen ocupado sin justo título baldíos o realengos.

f) El real amparo; que no es un título jurídico, puesto que le presupone, y viene a protegerle sin perjuicio de tercero y sujeto a diversas condiciones. El real amparo viene a significar, pues, una simple regularización de la situación jurídica de la posesión de los particulares frente al Fisco.

g) Adjudicaciones onerosas a título de censo al quitar, según se indica en la ley 15, título 12, libro IV de la Recopilación de 1680. Para OTS CAPDEQUI, este supuesto —que no era frecuente, pero tampoco excepcional— implicaba un censo reservativo: El Estado, dueño de la tierra baldía adjudicada, transmitía al rematante tanto el dominio directo como el útil y se reservaba el derecho a percibir un canon o pensión anual, que gravaba sobre la misma tierra que había sido objeto de remate. De este modo, el pequeño labrador que quería adquirir tierras baldías y no contaba con medios económicos para satisfacer de momento el precio del remate, podía adquirir las que necesitase a título de censatario, sin más obligación que la de pagar el canon estipulado que, por otra parte, podía redimir a voluntad ("quitar"), cuando las circunstancias le fueran propicias (32).

h) Reparticiones por los Cabildos. Los Cabildos —salvo

---

(31) OTS CAPDEQUI, *España en América*, cit., pág. 37.

(32) *España en América*, cit., págs. 46 y 47. Véase también, más adelante, las págs. 102 y 103.

las muy raras excepciones de La Habana y Tolú— no estaban facultados para repartir directamente tierras baldías o realengas, ya que, como se ha indicado, pertenecían a la Corona. Pero prácticamente así venían realizándolo de una manera, en principio ilegal, pero que luego se regularizaba mediante "composiciones colectivas" en las que el Cabildo se entendía directamente con los funcionarios reales, y luego derramaba el precio de la composición entre todos los vecinos, en proporción a sus beneficios. Otro sistema seguido era el que el Cabildo recibiera terrenos para sí, que luego repartía en lotes entre los vecinos.

i) Mediante prescripción posesoria en circunstancias muy determinadas.

V. SUS CONSECUENCIAS EN LA LEGISLACION DEL SIGLO XVIII

Confirmada nuestra tesis en el derecho comparado, cerremos el excurso volviendo a España, donde con el correr del tiempo quedaría resuelta esta cuestión por las tajantes declaraciones de la legislación del siglo XIX. Pero antes de llegar allí es necesario examinar la política seguida a este respecto por nuestros reyes ilustrados en el siglo XVIII, sin perjuicio del examen, más detenido, que se hace en otro lugar respecto de su política sobre los bienes comunales.

Mucho antes de que se hicieran famosos los improperios de JOVELLANOS contra los baldíos, habían desarrollado los monarcas borbónicos una decidida política de liquidación que, por lo demás, apenas si tuvo trascendencia fuera del campo normativo. En todo caso en ella se traslucen las dos tendencias contrapuestas, constantes en esta materia: por un lado, el afán de los individuos y de los burócratas empapados de teorías económicas por aniquilar el patrimonio comunal; por otro, el interés de los Concejos en defenderle.

Al margen de toda la cuestión dogmática sobre la propiedad de los baldíos, que acaba de examinarse, Felipe V, siguiendo aquí la vieja tradición, ordena su venta, considerándoles, sin más como de su propiedad.

Las primeras ventas sistemáticas de baldíos se iniciaron por un *Decreto del 28 de septiembre de 1737*, por el que se determinaba, además, el nombramiento de diversos jueces comisionados al efecto.

Por *Real decreto del 8 de octubre de 1738* se dio mucha mayor amplitud a esta actividad en cuanto, orgánicamente, se formó una Junta compuesta por el Gobernador del Consejo, tres Ministros de la Cámara, dos del Consejo de Hacienda, un Fiscal, Alcalde de Casa y Corte, y un Secretario Oficial de la Secretaría del Despacho Universal de Indias, a la cual se encomendaba el conocimiento privativo del negocio de baldíos, con las adjudicaciones y ventas que iban realizando los jueces comisionados. Lo cual significaba, desde el punto de vista jurídico, una especial calidad de estos asuntos a efectos de competencia, ya que no sólo se inhibía de su conocimiento a los Consejos, Tribunales y Justicias, sino que se declaraba además que las resoluciones de la Junta no eran susceptibles de recurso de apelación ni de suplicación (33).

---

(33) Aunque la cita sea larga, interesa transcribir aquí los resultandos de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14.12.1909, que nos relatan en sus detalles un ejemplo práctico de enajenación de baldíos.

"Al comenzar el segundo tercio del siglo XVIII, D. Gaspar de Molina, Cardenal Obispo de Málaga y Gobernador del Supremo Consejo de Castilla, expuso al Rey Don Felipe V haberse descubierto la existencia de muchas tierras valdías y realengas que estaban usurpadas al Real Patrimonio por diferentes particulares, Comunidades y Concejos, dictándose con este motivo en 28 de septiembre de 1737, un Decreto en que se mandó practicar un reconocimiento de tales tierras, y su adjudicación y venta a favor de la Real Hacienda, y se nombró al D. Gaspar de Molina, con absoluta facultad para entender en el asunto y después, en vista de la gravedad del negocio y por otro Decreto de 8 de octubre de 1738, se creó una Junta de Ministros, de los cuales fue uno D. Gabriel de Olmeda y Aguilar, que conociera privativamente del propio asunto, con absoluta inhibición e independencia de todo Concejo, Chancilleria, Audiencia y Tribunal, de

La reacción inmediata de los pueblos ante estas medidas que tan directamente afectaban lo mismo a la economía del Concejo que a la de los vecinos, fue elevar una serie de enérgicas protestas, que lograron canalizarse a través de la Diputación del Reino, quién el 20 de noviembre representó al

---

cuyas determinaciones no pudiera interponerse recurso alguno de apelación ni suplicación.

Puestos en práctica los expresados Decretos fue nombrado el Licenciado D. Juan Bautista Gómez Anguiano para que en la provincia de Zamora averiguase las tierras valdías y realengas pertenecientes a S. M. asi de las que estuviesen eriales como de las aposesionadas detentadamente por cualquier particular o comunidad.

En virtud de las gestiones practicadas por el Juez comisionado, Gómez Anguiano, acudió D. Francisco Pérez, Procurador del partido de Sagayo, con una instancia manifestando que de su mandato se había librado vereda circular a los lugares del referido partido, para que cada pueblo remitiese a su respectivo Subdelegado testimonio de los montes, así altos como baqos, y demás aprovechamientos realengos, concejiles y valdios que cada uno gozara; que así se había efectuado, pero debiendo entenderse ser sumamente pobre y estéril las tierras del expresado partido y muy limitados los pastos, a causa de que aunque había en él muchas dehesas, eran de diferentes comunidades y particulares; que por ello los pueblos se veian obligados a arrendar tales dehesas para el mantenimiento de sus ganados como se podría reconocer en caso necesario; que esto no obstante procurarían contribuir a los ahogos de la Corona, en lo que su pobreza y cortedad de medios alcanzase; que también por redimir su vejación y excusar litigios, desde luego estaba pronto aquel partido —a excepción de la villa de Peñausende, que no acaba de resolverse— a indultarse bajo las condiciones que manifestaría; y que por ello pedía se intentase mediante el llamamiento que dejaba hecho conforme a la piedad de S. M.

En vista de todo y previo informe del Fiscal, la Junta aceptó el ofrecimiento y acordó que una vez hecha entrega, como así tuvo efecto, en la Tesorería del Real Palacio de los 47.400 reales, a que quedó reducida la transacción por haberse hecho rebaja de los 2.600 reales con que debía contribuir la villa de Peñausende, se despachase el oportuno privilegio de exención y se otorgase la correspondiente escritura.

Gomo consecuencia de todo ello, el D. Gabriel de Olmeda y Aguilar del Consejo Supremo de Castilla y Ministro de la Real Junta de qvaldíos y arbitrios del reino, procedió en 17 de diciembre de 1740, por ante el Escribano de Cámara, y de aquella Real Junta D. Ignacio de Igareda, y en nombre del Rey, cuya representación ostentaba, a otorgar la escritura acordada de transacción y venta de los terrenos valdíos y realengos pertenecientes al Real Patrimonio existentes en el Partido de Sayago, al cual pertenecía el pueblo de Villalar del Buey:

Al otorgar el D. Gabriel de Olmedo la referida escritura de 17 de diciembre de 1740, manifestó, entre otras cosas, lo que sigue: que en nombre del Rey, de sus sucesores y de su Patrimonio, cedía, re-

rey los grandes perjuicios del común de los vasallos, así en el modo de realizarse las ventas como en sus sustancias, ya que *se oponía a los contratos celebrados entre S. M. y el Reino y a lo pactado* al tiempo de la concesión de los servicios de millones, sobre que las tierras baldías, pastos y aprovechamientos quedasen libremente a beneficio de los pueblos para poder sobrellevar la carga que se les impuso. El 1 de septiembre de 1746, y en vista de que seguían los Jueces y la Junta actuando sin traba de ningún género, se reiteró la anterior representación insistiéndose en los graves perjuicios que experimentaban los pueblos con las ventas y adjudicaciones de los baldíos.

El texto de estas representaciones es un ejemplo magistral de la teoría de las normas en el siglo XVIII, en la que desgraciadamente no podemos detenernos ahora un poco más minuciosamente.

a) Por lo pronto vemos que los pueblos no alegan a su favor las leyes que reiteradamente imponen a los monarcas la prohibición de enajenar los baldíos, no obstante que eran

---

nunciaba y traspasaba cuantos derechos le habían pertenecido y pudieran pertenecerle en todos los términos Concejiles de todas y cada una de las villas y lugares incluidas en el Partido de Sayago, y declarado por menor en la Memoria o relación que se dice inserta, a excepción de Peñausende que quedaba excluida por no haber querido aprontar el contingente que le correspondía para ser incluido en la transacción; que como consecuencia de esta cesión S. M. y su Real Hacienda no habían de tener acción para pedir cosa alguna por valor de los referidos términos concejiles de los aludidos pueblos, los cuales quedaban perpetuamente por propios y privativos de cada uno de ellos y de los vecinos de que se componían en la forma que hasta entonces los habían gozado, con el nuevo derecho de propiedad que adquirían por virtud de esta escritura edificando en los referidos términos y cada vecino dentro de las Villas y Lugares respectivos de sus moradas las casas, huerto y demás que le pareciese, procediendo licencia de la Justicia ordinaria de cada uno de los expresados pueblos a quienes correspondiere, sin otro requisito alguno, ni el de la licencia de la Justicia de la ciudad de Zamora; que también podían hacer en su terreno plantíos y renovación de montes con su corta y aprovechamiento, sin reserva de cosa alguna, según lo podía hacer S. M. antes de la escritura, por cuanto se había satisfecho en la Tesorería de la Fábrica del Palacio Real los 47.400 reales que se estimaba precio correspondiente al valor de las tierras concejiles y demás valdíos y realengos de los términos de los expresados pueblos del Partido de Sayago."

bien conocidas por aparecer tanto en la Nueva como en la Novísima Recopilación. Lo que sucede es que se ha desmoronado el magnífico edificio jurídico de la vinculación de los Reyes a las leyes, que habían coronado las Partidas. Desde la Edad Moderna el Soberano "tiene el poder de las leyes bajo su propio poder", como había dicho elegantemente BODINO, y con el Estado de policía parece ya obvio que "allá van leyes, do mandan reyes".

b) Tampoco se argumenta el derecho de propiedad de los pueblos sobre los baldíos. Este derecho, sin embargo, que ahora parece indudable conforme a las Partidas, al no deducirse automáticamente de la lectura de las mismas y al no haberse elaborado esta teoría por la doctrina (debido a su enorme dificultad técnica partiendo de bases romanísticas) era lógico que no fuese esgrimido por los interesados.

c) Además, en esta hipótesis, es seguro que hubiere claudicado ante el *ius eminens* o el amplio *ius politiae*, que correspondía al monarca y que no se hallaba contrabalanceado por los mecanismos técnicos de las épocas anteriores .

d) De aquí que la Diputación del Reino, muy inteligentemente plantee la batalla en otro terreno: en el de la contratación. Aquí estamos muy lejos todavía del pactismo rousseauniano, Se trata de una técnica muy diferente: la técnica de la constitución estamental con su dualismo *rex-regnum*. En el siglo XVIII los contratos como concurso de voluntades son vinculantes para ambas partes y sólo modificables por un nuevo acuerdo. El resultado es que suponen una garantía mayor que la ley, la cual, en cuanto *voluntas regis*, no vincula al Rey de una manera absoluta, pues puede modificarla por su simple voluntad. La materia fiscal, no obstante, conserva aún el sabor de las viejas formas medievales, y se articula como un contrato sinalagmático entre el rey y su pueblo, en el que la obligación de dar por parte de éste aparece condicionada a un hacer, o no hacer, de aquél. Tal es el argumento de la Diputación del Reino. Pero, en último extremo, siempre se ha de tener presente que se acude al monarca "en razo-

nada súplica", ya que éste es al tiempo juez y parte; mejor dicho: no se trata de una actividad jurisdiccional, sino que lo que se pretende hacer es excitar una actividad puramente administrativa o, si se quiere, política, mediante razonamientos económicos y jurídicos.

e) En esta serie de pactos y contratos hay otro matiz que conviene poner de relieve: la falta de consolidación de los derechos del Concejo sobre los baldíos. La circunstancia de que sean tema de condición y pacto es precisamente una prueba de la inexistencia de un reconocimiento absoluto, que haría superflua esta garantía constantemente renovada. *¿Quid* si este derecho no apareciere en los cuadernos de condiciones? A mi modo de ver, esta falta de consolidación formal no empece la auténtica existencia de este derecho, que sólo en razón al ambiente político-jurídico de la época precisa de reconocimiento expreso.

Sea como fuere, Fernando VI dio por buenas las razones alegadas y por real resolución a consulta del Consejo de 18 de septiembre de 1747 (34) declaró:

> Siendo el primer objeto de mis desvelos el alivio y felicidad de mis vasallos, a fin de reparar los daños que han experimentado con la enajenación de baldíos y despoblados, hecha en virtud del Real decreto del 8 de octubre de 1738, y por el modo con que se ha executado: conformándome en todo con lo que me ha consultado el Consejo sobre este asunto en vista de la representación hecha por la Diputación de los Reynos, he tenido a bien mandar, que desde luego cesen las transacciones sobre los baldíos y despoblados.
>
> Declaro por nulas e insubsistentes, como opuestas a mi Real mente, todas las enagenaciones adjudicadas a mi Real Corona, o particulares de cualquier condición que sean, y transacciones que se hubiesen hecho de aquellos baldíos que en el año 1737 *gozaban o disfrutaban de cualquier modo los pueblos*: y mando, que éstos sean reintegrados luego, y sin la menor dilación ni disminución, en la posesión y libre uso en que estaban todos sus pastos y aprovechamientos en el expresado año de 1737, sin embargo de que se hallen enagenados o adjudicados

(34) L. 3, tit. 23, lib. 7, Novísima Recopilación.

a la Real Hacienda, o a otros qualesquier particulares en fuerza de Reales gracias remuneratorias o compensativas, o con otro cualquier título, privilegio, o Real aprobación que se les haya despachado; de suerte, que los pueblos queden en la misma posesión, uso y aprovechamiento en que estaban en el referido año de 1737.

Lo mismo se practique con los baldíos Reales y concejiles pertenecientes a los lugares despoblados, que en el referido año de 1737 gozaban los pueblos circunvecinos, pagando según la ley Real las contribuciones del lugar o villa despoblada.

Por ahora y sin perjuicio de la justicia de las partes, subsistan las compras y transacciones que pueblos y particulares hayan hecho de aquellos baldíos en el expresado año y siguientes o supusieron estar usurpalos a los *Comunes* por particulares; reservando, como reservo, su derecho a salvo, así a éstos como a los que se reputaren despojados, para que sobre el agravio que crean habérseles hecho, o sobre lesión, en las ventas o transacciones, o últimamente sobre tanteo, pidan en Sala segunda de Gobierno lo que les convenga; lo que puedan executar los particulares que se hallaren desposeídos, o los mismos pueblos, o *cualquiera de sus vecinos,* y en su defecto, o a su instancia, los Fiscales del Consejo, para que haciendo justicia breve y sumariamente sin costa de las partes, se deshaga qualquier agravio; y si este resultase de los mismos autos por su inordinación, falta de citación o injusta providencia, el Consejo desde luego de oficio haga reponer lo actuado, reintegrando a los particulares en las posesiones de que hayan sido despojados, quedando reservado el derecho a los Fiscales y a los pueblos, para pedir después lo que sea de justicia: con declaración de que la interina subsistencia de semejantes enagenaciones no se ha de entender en lo que los pueblos gozaban en el referido año de 1737, por que en ello han de ser reintegrados prontamente, sin embargo de que se hayan estimado usurpadores.

Igualmente subsistan por ahora las ventas, adjudicaciones o transacciones que desde el referido año se hubieren hecho de tierras *incultas y montuosas* hasta entonces inútiles, y de que no tenían algún uso o aprovechamiento los pueblos, con la misma reserva de derecho que va prevenida.

Siendo tan justicia que a los particulares o pueblos, que hayan comprado o transigido aquellos baldíos cuyas ventas y transacciones van declaradas por nulas, se les restituyan las cantidades en que hubieren comprado o transigido, y ha percibido la Real Hacienda; declara ser de la *obligación del Real*

Erario satisfacer en dinero efectivo a los interesados las cantidades que hubiesen entregado en sus Tesorerías en la misma especie; pero no permitiendo el estado presente del Erario tan crecido pronto desembolso, mando, que por ahora, y hasta tanto que pueda dar cumplida sastisfacción a esta deuda de justicia, el Consejo en Sala segunda del Gobierno, con reflexión a las diferentes circunstancias en cada uno de estos particulares, me proponga los medios que hallare por ahora más convenientes, para que no sintiendo agravio los acreedores a estas cantidades en la retardación del pago de sus capitales, se tome tiempo a la providencia de su satisfacción.

Con relación a esta importante Real Resolución, interesa poner de relieve la existencia de dos conceptos legales de baldíos: uno en sentido amplio, que es el que sirve de título a la ley, y otro en sentido estricto, subespecie de aquél, y que convive con otros conceptos:

a) En la introducción —o "exposición de motivos", como se diría ahora— se habla de "baldíos o despoblados". La explicación parece venir dada en el artículo cuarto, donde aquel "despoblado" vendría a ser "baldío en lugar de despoblado".

b) En el mismo artículo cuarto se habla de "baldíos reales y concejiles", ideas que no es fácil reconstruir. A primera vista, parece ser ésta la consagración de unos baldíos pertenecientes al rey, lo cual supondría la solución de muchos de los problemas que se plantean en este libro, y más concretamente, el fundamental, a saber: si los pueblos son los propietarios. En efecto, la existencia de baldíos reales significaría que *éstos* no eran propiedad del pueblo, pero, por otro lado, también significaría que los *demás*, es decir, los concejiles pertenecerían efectivamente al Concejo. Ahora bien, la cuestión no es tan sencilla: obsérvese que esta subespecie de reales sólo aparece en el artículo cuarto, y no en los demás, y ni siquiera en la introducción; pero, sobre todo, hay que tener en cuenta el destino que se va a dar a los mismos una vez redimidos: la reintegración en la posesión y libre uso de los pueblos. Mientras otros textos no nos den una explicación mejor, este concepto podría entenderse

así: una tesis de este libro es que el concepto de propiedad no juega ningún papel en los aprovechamientos comunales originarios (que por eso son aprovechamientos, y no bienes), debido fundamentalmente a la concepción funcionalista de los aprovechamientos —en contra de la idea abstracta de la propiedad— y también por la dificultad técnica de articular este concepto con las ideas romanistas; pues bien, los baldíos reales podrían suponer el germen de unos baldíos con atribución de propiedad concretamente al Rey, sin perjuicio de que el aprovechamiento siga correspondiendo a los pueblos. Esta idea, manejada por ahora en supuestos concretos, se generalizaría en el siglo siguiente.

c) En el artículo quinto se insiste en la distinción entre baldíos y comunes.

d) En el artículo sexto se distingue clarísimamente entre baldíos y "tierras incultas y montuosas hasta entonces inútiles" y *de que no tenían uso o aprovechamiento los pueblos.* La distinción es sumamente importante no sólo porque confirma la refutación de la antigua doctrina que confundía los baldíos con los terrenos incultos y no aprovechados, sino también, y fundamentalmente, porque insiste en la idea sugerida en el párrafo anterior, es decir. que los pueblos sólo pueden alegar derechos sobre los terrenos que vengan efectivamente aprovechando, mientras que sobre los otros se extiende el dominio residual del monarca y, no ya eminens, sino a manera del que ejercita sobre los bienes mostrencos. De aquí que, lógicamente, no proceda la restitución, ya que el monarca ha vendido lo que era suyo.

Buena parte de estos elementos aparecen, en efecto, recogidos en los autores de la época. Para SANTAYANA BUSTILLO constituyen los baldíos (también llamados montes blancos o campos incultos) una subespecie de los bienes comunales de los pueblos. Ahora bien, su destino "no sólo es para el pasto común: sirven también para otros usos comunes. Nadie, ni siquiera los Ayuntamientos o Concejos, pueden alterar el destino, que por el uso de los vecinos tengan;

porque siendo todos compañeros en el uso de ellos, ninguno puede en perjuicio de la sociedad mudarles de destino, cultivándoles, plantándoles. Si éstos no se hubieren dedicado al pasto, sino solo a la labor, cualquier vecino tendrá derecho a cultivarlos; pero de suerte que cogido el fruto, al año siguiente pueda labrarles otro cualquier vecino; pues como cosas que no están en el dominio de alguno, y sirven para todos en el uso, ha de preferirse el que primero las ocupe". En contra de la opinión afirmativa de SUÁREZ Y COVARRUBIAS, considera insuficiente la posesión de cuarenta años para adquirir estos bienes, toda vez que son inalienables. Pero son suficientes la posesión inmemorial y la concesión del Príncipe (35).

Recogiendo el hilo de la evolución legislativa durante este siglo, hay que indicar que Carlos III y Carlos IV afirmaron en su interés la tesis de la propiedad, y ordenaron su enajenación —si bien con escasos resultados— en las Reales Provisiones de 12.6.1767, 11.4.1768 y 26.5.1770.

VI. EL DECRETO DE 4 DE ENERO DE 1813

Las Cortes de Cádiz, bajo el imperio de las circunstancias extraordinarias en que se desenvolvieron y de los fermentos ideológicos que las alimentaron, provocaron una brusca aceleración en la natural evolución de estas instituciones, que ha contribuido mucho a su desfiguración. Así surgió el Decreto de 4 de enero de 1813, cuyas partes esenciales es forzoso transcribir aún a costa de repetir lo que con mayor

---

(35) *Gobierno político de los pueblos de España y el Corregidor alcalde y Juez en ellos*, segunda impresión, Madrid, 1769, págs. 103 y 104. En realidad, la confusión entre la prescripción cuarentenaria y la inmemorial suele ser constante. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Dos estulios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, 1955, páginas 33 y sigs. y 105 y sigs.

detalle se expone en otro epígrafe expresamente dedicado a estas Cortes.

"Las Cortes generales y extraordinarias, considerando que la reducción de los *terrenos comunes a dominio particular* es una de las providencias que más imperiosamente reclaman el bien de los pueblos y el fomento de la agricultura e industria, y queriendo al mismo tiempo proporcionar con esta clase de tierras un auxilio a las necesidades públicas, un premio a los beneméritos defensores de la patria, y un socorro a los ciudadanos no propietarios, decretan:

Articulo 1.º) Todos los terrenos *baldíos o realengos y de propios y arbitrios* con arbolado o sin él, asi en la Península e Islas adyacentes, como en las provincias de Ultramar, *excepto los ejidos necesarios a los pueblos*, se reducirán a propiedad particular, cuidándose de que en los propios y arbitrios se suplan sus rendimientos anuales por los medios más oportunos, que, a propuesta de las respectivas Diputaciones provinciales aprobarán las Cortes.

... ...

Art. 3.º) En la enajenación de dichos terrenos serán preferidos los vecinos de los pueblos en cuyo término existen, y los *comuneros en el disfrute de los términos baldíos*.

... ...

Art. 6.º) Sin perjuicio de lo queda prevenido se reserva la mitad de los *baldíos y realengos* de la Monarquía, exceptuando los ejidos, para que en el todo o en la parte que se estime necesaria, sirva de hipoteca al *pago de la deuda nacional*...

Art. 7.º) Al enajenarse por cuenta de la Deuda pública esta mitad de baldíos y realengos... serán preferidos para la compra los vecinos de los pueblos respectivos, y los comuneros en el disfrute de los terrenos expresados.

Art. 8.º) En la expresada mitad de baldíos y realengos debe comprenderse y computase la parte que ya se haya enajenado justa y legalmente en algunas provincias para los gastos de la presente guerra.

Art. 9.º) De las tierras restantes de baldíos o realengos, o de las labrantías de propios y de arbitrios, se dará gratuitamente una suerte de las más proporcionadas para el cultivo a cada capitán, teniente o subteniente, que por su avanzada edad, o por haberse inutilizado en el servicio militar, se retire con

la debida licencia, sin nota y con documento, cabo, soldado, trompeta y tambor que por las propias causas o por haber cumplido su tiempo, obtenga la licencia final sin mala nota, ya sean nacionales o extranjeros, unos y otros siempre que en los distritos en que fijen su residencia haya de esta clase de terrenos.

... ...

Art. 15.º) De las mismas tierras restantes de baldíos y realengos se asignarán las más a propósito para el cultivo, y a todo vecino de los pueblos respectivos que lo pidan, y no tengan otra tierra propia, se les dará gratuitamente por sorteo, y por una vez, una suerte proporcionada a la extensión de los terrenos, con tal que el total de las que asi se repartan en cualquier caso no exceda de la cuarta parte de dichos baldíos y realengos; y si éstos no fuesen suficientes, se dará la suerte en las tierras labrantías de propios y arbitrios, imponiéndose sobre ella en tal caso un canon redimible hasta fin de 1807, para que no decaigan los fondos municipales.

Art. 16.º) Si alguno de los agraciados por el precedente artículo dejase dos años consecutivos de pagar el canon, siendo de propios la suerte, o de tenerla en aprovechamiento, será concedida a otro vecino más laborioso que carezca de tierra propia.

... ...

Art. 18.º) Todas las suertes que se concedan... lo serán también en plena propiedad para los agraciados y sus sucesores... pero los dueños de estas suertes no podrán enajenarlas antes de cuatro años...

En la glosa de esta importante disposición, *por lo que afecta al tema de los baldíos,* hay que notar:

a) Se encuadran dentro de los "terrenos comunes".

b) No son de dominio particular.

c) Presentan un régimen similar al de los realengos y claramente diferenciado del de los propios, arbitrios y concejiles.

d) Siguen sin hacerse declaración expresa de propiedad; pero se destinan:

— En una mitad al pago de la deuda nacional (fines del Estado).

— En otra mitad a ser repartidos (fines comunales) en plena propiedad.

La ingerencia estatal, como vemos, se acentúa, pues la apropiación ya no se limita a los realengos e incultos, como en 1747.

VII. EL SIGLO XIX

La reacción absolutista de Fernando VII respetó —y continuó— la política de baldíos de las Cortes. En este punto hay que destacar una Instrucción de 22 de julio de 1819, en la que al dar reglas para la venta de baldíos —en relación con un Decreto de 5 de agosto del año anterior, por el que se había dispuesto la consolidación de la deuda del Estado mediante aplicación "del producto líquido de la habilitación de baldíos apropiados que ya lo estuvieren, o lo sean de nuevo"— se hace una nueva clasificación de los mismos:

— por un lado, los *baldíos arbitrados y apropiados*, que son los que con anterioridad al Decreto hubieran sido gravados por el Rey, sus antecesores o el Concejo en sus aprovechamientos (como es sabido se llaman bienes arbitrados o apropiados aquellos que de alguna manera producen rentas a los "propios y arbitrios");

— y por otro lado, *baldíos de aprovechamiento común de los pueblos*, que son "los que éstos necesiten para sus ganados propios, y no forasteros, como no tengan comunidad de pastos para sembrar, conservando la alternativa de año y vez, y no más; y para cortar maderas o leñas para sus usos, y no para negociarlas, y los que no se venderán..."

La identificación, no ya de régimen, sino de naturaleza, entre baldíos de aprovechamiento común y bienes comunales es aquí absoluta.

En el tejer y destejer de nuestra historia constitucional de primeros de siglo, constituye la legislación de baldíos un hilo que permanece inalterable por encima de las transmutaciones políticas. En el bienio liberal, por Decreto de 29.6.1822 insisten las Cortes en la política tradicional de las Cortes de Cádiz, convalidando las ventas realizadas al amparo del Decreto de 1813 (art. 20):

> 1.º) Todos los terrenos baldíos y realengos se reducirán a propiedad particular, exceptuando los de las cuatro sierras nevadas de Segovia, León, Cuenca y Soria, y los ejidos necesarios a los pueblos.
>
> 2.º) La mitad, exceptuando los ejidos, se reserva como hipoteca del pago de la deuda nacional, en el todo o en la parte que se estime conveniente.
>
> 3.º) En las enajenaciones de esta mitad, tanto los vecinos de los pueblos como los comuneros, gozarán la preferencia de los condóminos.
>
> 4.º) Las tierras restantes se dividirán en suertes de igual valor de modo que cada una, regularmente cultivada, pueda mantener una familia de cinco personas.
>
> 5.º) Estas suertes se darán por sorteo a militares retirados o cumplidos con buenos servicios, o a los no militares inutilizados en acción de guerra.
>
> 6.º) Las tierras restantes se repartirán por sorteo solamente entre los labradores y trabajadores no propietarios y sus viudas con hijos mayores de doce años.
>
> ... ...
>
> 22.º) Podrán exceptuarse del reparto las dehesas boyales por término de dos años...

Así las cosas, en la gran reforma tributaria de MON en 1845, en la base 2.ª de la ley de 23 de mayo de 1845 y en el artículo 3.º del Decreto de la misma fecha se declara la exención absoluta y permanente de la contribución territo-

rial de "los terrenos baldíos de aprovechamiento común, mientras no se enajenen a particulares". Esta disposición final había de tener gran transcendencia, ya que para interpretarla debidamente se dictó la R.O. de 12 de mayo de 1851, en la que se hicieron unas declaraciones dogmáticas, que todavía habían de ser recogidas a fines de siglo en el Reglamento general para la administración y cobranza de la contribución territorial de 30 de enero de 1885:

> 2.º Que por baldíos, en su acepción propia, sólo debe entenderse el terreno que no correspondiendo al dominio privado, *pertenece al dominio público para su común disfrute o aprovechamiento y no está destinado a la labor ni adehesado.*
>
> 3.º Que una buena parte de estos terrenos llamados baldíos se han destinado al cultivo o se arriendan por los Ayuntamientos para el aprovechamiento de pastos, aplicando sus productos al pago de atenciones municipales, cuya sola razón bastaría para no considerarlos exentos de la contribución... se ha servido declarar que por terrenos baldíos para los efectos del párrafo 8.º del articulo 3 del R. D. ya citado, sólo deben entenderse *aquellos terrenos incultos en su estado natural que por su mala calidad y escasos productos ni se aplican ni pueden aplicarse a labor ni al arrendamiento de pastos que produzcan una renta en favor de la comunidal de los pueblos o provincias, dejándose, por lo tanto, al aprovechamiento inmediato de los vecinos o miembros de la comunidad.*

Esta definición había de sentar doctrina definitiva (36), pero sin que los autores acertaran a recoger las innovaciones fundamentales que representaba, y que cerraban un ciclo evolutivo de confusionismo total, concretamente:

— la declaración de dominio público, que hasta entonces nunca había aparecido (37);

---

(36) Así la recogen, sin ninguna crítica, ALCUBILLA, en su *Diccionario,* y COLMEIRO, en su *Derecho Administrativo* (4.ª ed., t. II, pág. 112). La sistemática de este autor es aquí bastante deficiente, ya que, no obstante reconocer que se trata de un dominio público, lo encaja dentro del dominio del Estado, lo que para él son términos muy diferentes.

(37) Aunque bien es verdad que no seria exacto considerar esta

— la declaración de aprovechamiento común, que hasta entonces solo se había aceptado parcialmente (38);

— la declaración de no cultivo, que hasta entonces nunca se había aceptado como esencial.

Muy pocos años después, la legislación desamortizadora habría de marcar una tónica muy particular sobre esta materia. A partir de entonces, los baldíos sólo conservarían su autonomía, tanto legislativa como dogmática, en el punto de la colonización interior; materia que es forzoso dejar aquí a un lado. En una ley de esta materia, a principios del siglo XX, en el Reglamento para la ley de colonización y repoblación interior de 13 de marzo de 1908, se hace la siguiente clasificación (art. 1.º):

A) Montes o terrenos propiedad del Estado declarados enajenables.

B) Montes propiedad del Estado... catalogados como de utilidad pública.

C) *Bienes abandonados, baldíos o incultos de dominio público.*

D) Bienes patrimoniales y propios de los pueblos que no están catalogados por causa de utilidad pública.

E) Montes de los pueblos y catalogados de utilidad pública.

F) Montes declarados por la Administración de aprovechamiento común.

---

expresión en su sentido técnico actual. Aquí, por dominio público no se quiere indicar propiedad demanial, sino dominio general no especificado, como todavía se emplea hoy en la ley de minas, régimen de rocas, etc.: son bienes a los que sin atribuirse un titular correcto, dista mucho de considerarse como *nullius* a disposición del primer ocupante.

(38) Cfr. el R. D. de competencias de 28.9.1891: "Considerando que desde el momento en que se invoca por la Administración que tales terrenos son *baldíos pertenecientes al común de vecinos del pueblo de R...*"

VIII. LOS BALDIOS DE ALBURQUERQUE

Cualquier estudio sobre baldíos quedaría incompleto si no se hiciese una referencia a la famosa cuestión de los "baldíos de Alburquerque", pueblo extremeño que alcanzó notoriedad en toda España, precisamente por la complicación de la situación jurídica de sus baldíos, que llegó a un virtuosismo de muy difícil inteligencia, y que sólo pudo ser resuelta mediante una ley, vista la inutilidad de las repetidas sentencias del Tribunal Supremo y de los Reglamentos administrativos, que contradictorios entre sí fueron complicando cada vez más las cosas hasta llegar a extremos verdaderamente increíbles (39).

Representaban los llamados baldíos de Alburquerque cuarenta y cinco mil hectáreas de las cincuenta y cinco mil aproximadas del término municipal; tierra inmejorable, en su mayor parte de labor, de pastos y de arbolado. El problema jurídico-social surgió del caos existente en orden a la propiedad y al disfrute de los diversos aprovechamientos, caos agravado por las numerosas sentencias que han intentado regularlo y que no han hecho otra cosa que complicarlo, dando lugar a que en una gran parte de esos baldíos la propiedad y el derecho de siembra pertenezcan a una persona, los pastos de primavera y de invierno a otras, y el arbolado a titulares distintos.

La historia de estos baldíos es muy complicada:

---

(39) A mi entender, intervinieron aquí las Cortes por razones de pura oportunidad, en cuanto órgano supremo detentador de la soberanía nacional, vista la inutilidad de los esfuerzos del poder judicial y del administrativo por restablecer la seguridad jurídica. Se trata, pues, de razones políticas y no jurídicas como afirma GARRIDO FALLA, en *Sobre los bienes comunales...*, cit. Sobre el tema, cfr. el *Diccionario* de ALCUBILLA, año 1914; voz "Baldíos", a quien hemos seguido en lo fundamental en el texto.

Un Decreto de 26 de enero de 1869, fundándose en la Ley de 15.6.1866, intentó resolver el conflicto, ordenando que se sacaran a la venta Los Millares, o sea las grandes extensiones de terreno que genéricamente se conocen con ese nombre; mas, en realidad, lo que se sacó a la venta no fue la propiedad de la tierra, cuya titularidad privada se reconocía, sino las hierbas, pastos y arbolado, que se estimaban de carácter colectivo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3.3.1871 complicó la cuestión al resolver que habían sido bien vendidas las hierbas de invernadero, porque fueron siempre de los propios de Alburquerque, y mal vendidos los pastos de primavera y verano y el arbolado.

El Gobierno dictó un nuevo Decreto de acuerdo con la sentencia. Entablada otra reclamación sobre la validez o la nulidad de la venta de los Millares, no obstante la sentencia dicha, el Consejo de Estado resolvió que con arreglo al artículo 7 de la Ley de 15.6.1866, los poseedores de las fincas gravadas con aprovechamientos de pastos o de cualquier otra clase no censual, constituidos a favor de pueblos o Corporaciones, cuyos bienes estuviesen comprendidos en las leyes desamortizadoras, podrían solicitar la redención de dichos aprovechamientos en los mismos términos prescritos para los censos. Al amparo de esta disposición los propietarios del suelo se apresuraron a hacer las oportunas redenciones, pasando por este procedimiento legal los aprovechamientos de hierbas de invierno al concepto de propiedad particular.

El 26.5.1897 se dictó una Real Orden confirmando el estado de venta y, en consecuencia, la redención de esos derechos con arreglo a las leyes desamortizadoras.

A pesar de todo ello, desde los últimos años del siglo XIX hasta 1923 hubo una época de paz, respetándose mutuamente los distintos titulares los diversos aprovechamientos; pero al advenimiento de la Dictadura no faltaron personas que se dirigiesen al Poder público diciendo que la sentencia de

1871 estaba sin cumplir, solicitando que los pastos de primavera y verano volvieran a ser comunales, cosa que acordó la R. O. de 27.10.1923, con lo cual otra vez surgió el conflicto en el aspecto legal y social.

Otra nueva R. O. aclaratoria de 21.2.1924 dejó a salvo lo que se hubiera adquirido legalmente por los particulares, mediante las oportunas escrituras, disponiendo que el Inspector general de Montes practicase un reconocimiento contrastando las alegaciones de unos y de otros, para hallar una solución armónica. Se emitió este informe, del cual resulta que, examinados más de mil documentos, la redención de los pastos de primavera y de verano, abarcaba la casi total extensión de los "baldíos", quedando una porción insignificante sin redimir.

El Tribunal Supremo, a su vez, en sentencia de 17.4.1925 complicó otra vez la cuestión al declarar que las expresadas Reales Ordenes fueron de mero trámite y no resolutorias de derechos, sin que hubiesen podido alterar ni modificar los estados posesorios de los particulares.

Ante tal incertidumbre se intentó una transacción que plasmó en el R. D. de 16.6.1926, transacción que consistía en obligar a los propietarios a la compra del arbolado comunal, mediante acuerdo de propietarios y vecinos y, en su defecto, por tasación. Con el producto de estas adquisiciones se debía comprar para la comunidad de vecinos una gran finca, evitándose los condominios en el resto del término. Se dejó a elección del vecindario la fijación de la finca comunal y hasta se designó para ella el lugar conocido con el nombre de Fuente de los Cantos.

Pero el problema siguió sin resolverse, hasta que, creándose un estado de opinión escandalizado ante la inseguridad jurídica existente, las Cortes de 1935 decidieron afrontar el tema de una manera definitiva, resolviéndole de una vez para siempre. Así surgió la Ley de 27 de marzo de 1935 (reglamentada el 8 de agosto), en la que fundamentalmente se dispone:

Artículo 1. El objeto de la presente Ley es la ordenación jurídica del aprovechamiento de las tierras conocidas con el nombre de "baldíos" en el término municipal de Alburquerque, provincia de Badajoz, y cuyo aprovechamiento esté distribuido en los derechos de siembra, hierbas de invierno, pastos de primavera y verano, derechos de arbolado y sus accesorios, y el de apostar y sembrar árboles pertenecientes a titulares distintos.

Sólo quedan exceptuadas de las disposiciones contenidas en los artículos 1 al 7 de esta Ley, las fincas enclavadas en los citados "baldíos" cuyo dominio conste de modo expreso a favor de particulares en documentos fehacientes, inscritos o no en el Registro de la Propiedad.

Art. 2. ... Todo titular de derecho de siembra sobre las fincas objeto de esta Ley, adquirirá los derechos de arbolado, de apostar y sembrar árboles correspondientes a ella y asimismo los derechos de pastos y hierbas si con anterioridad no los hubiera adquirido.

... ...

Art. 8. Se constituirá una dehesa comunal a favor del Municipio de Alburquerque..."

A esta Ley y Reglamento siguió una enérgica intervención administrativa, que logró por fin poner término a este secular litigio, venciendo las inmensas dificultades de orden práctico que se fueron presentando. Aunque también debe reconocerse una perceptible voluntad de colaboración por parte de la población, evidentemente cansada de incomodidades y litigios.

En el fondo, contemplada la operación con perspectiva suficiente, puede considerarse como una especie de concentración parcelaria en el sentido moderno del término, es decir, como ordenación jurídica y real de la propiedad, ya comprenda una concentración parcelaria en el sentido estricto del término o una concentración de facultades dispersas del dominio, que es lo que aquí sucede.

CAPITULO QUINTO

IMPUTACION DE LOS BIENES COMUNALES A UNA "UNIVERSITAS"

I.—Origen del Municipio medieval.

II.—Las bases políticas, económicas y sociales.

III.—Se inicia el proceso de formación de ciudades.

IV.—Evolución de la "universitas" en los documentos medievales españoles.

V.—Relaciones entre la "universitas" y los bienes comunales.

VI.—Disociación excepcional entre la "universitas" y los bienes comunales.

VII.—Supervivencias de titularidades vecinales en los bienes comunales de la Edad Moderna.

El gran secreto de los bienes comunales es el proceso de su transformación en tales (en el sentido técnico moderno), partiendo de los antiguos bienes del común de vecinos. Durante la Alta Edad Media los bienes de propiedad no individualizada pertenecen a los vecinos en general, o más exactamente, al común de vecinos. Andando el tiempo, estos bienes son comunales en sentido moderno. ¿Qué ha sucedido?

A nuestro modo de ver, sólo hay una explicación posible: al filo de los siglos XI y XII tiene lugar en Europa un acontecimiento extraordinario: las simples agrupaciones sociales de individuos, los rudimentarios municipios, se convierten en *universitas* dotadas de personalidad jurídica. El Municipio, transpersonalizado de los vecinos, sustituye a la antigua e indiferenciada agrupación de éstos en buena parte de sus derechos y obligaciones. La consecuencia va a ser que los bienes del común de vecinos se van a convertir en bienes municipales, ya sean de propios o comunales. La clave del proceso es, pues, un cambio de atribuciones de titularidad, lo cual nos obliga a examinar las razones de aparición del nuevo sujeto al que van a imputarse los bienes comunales: el Municipio. El origen de los bienes comunales modernos está inseparablemente vinculado al origen del municipio moderno; más aún, es una simple consecuencia de éste.

I. ORIGEN DEL MUNICIPIO MEDIEVAL

Como es sabido, dos tesis opuestas han venido durante muchos años sustentando los historiadores a la hora de precisar el origen del municipio medieval: la romanista y la

germanista. La controversia es europea, pero se ha reproducido en España, no obstante que las peculiaridades históricas de nuestro país en aquellos siglos no permitan una fácil homologación con el sistema europeo (1).

La llamada tesis romanista considera al Municipio medieval como una simple continuación del Municipio romano, que no llegó a desaparecer con las invasiones bárbaras, sino que, aun gravemente debilitado por ellas, volvió a reafirmarse con el transcurso del tiempo. La supervivencia medieval de caseríos y, muy especialmente, instituciones procedentes en apariencia de la época romana, parecen confirmar esta teoría. Iniciada por SAVIGNY encontró en Francia a mediados del siglo XIX sus más entusiastas defensores (THIERRY, GUIZOT), sugestionados por la supervivencia cultural del período galorromano en la Francia del Sur (2).

En España ésta fue también la opinión dominante entre los historiadores del siglo XIX (3), de quien la tomaron los juristas (4). Su defensor más insigne ha sido HERCULANO (5), según el cual, las municipalidades romanas soportaron fácilmente las invasiones de los bárbaros, a quienes interesaban más los campos; y en cuanto a las invasiones árabes, la tradición habría sido mantenida por la población mozárabe, sin

---

(1) Como ha puesto de relieve con toda energía SÁNCHEZ ALBORNOZ, "España y Francia en la Edad Media. Causas de su diferenciación política", en *Revista de Occidente*, núm. VI, págs. 294-316.

(2) De aquí el quebrantamiento que experimentó la tesis cuando a partir de la *Histoire genérale de Languedoc* de DOM DE VIC y DOM MAISETIE (1872), se vio claro que precisamente en el sur de Francia era totalmente inexacta la pretendida supervivencia del municipio romano.

(3) Así MUÑOZ Y ROMERO, *Del estado de las personas en los reinos de Asturias y León en los primeros siglos posteriores a la invasión de los árabes*, 1883 (artículos publicados por primera vez en 1854-1855). El autor abandonó esta opinión, apuntando nuevas ideas en su *Discurso de recepción en la Academia de la Historia*, 1860. SACRISTÁN, *Municipalidades de León y Castilla*, 1877, y LÓPEZ FERREIRO, *Fueros Municipales de Santiago y su tierra*, 1895.

(4) Así AZCÁRATE, *Estudios filosóficos y políticos*, 1877.

(5) *Historia de Portugal*, t. VIII, 7.ª ed., 1910.

otras modificaciones que las puramente terminológicas. En descrédito posteriormente esta teoría, todavía fue sostenida años más tarde, y con puntos de vista un tanto extraños, por E. MAYER (6). En la actualidad se considera como definitiva la crítica opuesta de SÁNCHEZ ALBORNOZ (7).

Frente a esta corriente, la llamada tesis germanista sostiene la total desaparición del municipio romano, y la formación del municipio posterior con elementos típicamente medievales. En lo que no están de acuerdo los autores es en la determinación concreta del factor determinante del nuevo municipio medieval, habiéndose apuntado al efecto las teorías más dispares (8). Modernamente puede advertirse una clara tendencia sincrético-pragmatista, es decir, que se dan por buenas casi todas las soluciones apuntadas, en cuanto cada una de ellas descubre un aspecto parcial de la realidad: no todas las ciudades europeas medievales tienen el mismo origen y por ello es lógico que sean varios los criterios justificativos de su existencia. El secreto está en determinar en cada caso concreto el proceso de su evolución.

La tesis germanista se ha introducido en España a partir de los trabajos de HINOJOSA (9); si bien nuestros historiadores

(6) *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V al XIV*, t. II, 1925.

(7) En *Ruina y extinción del municipio romano en España e instituciones que le reemplazan*, 1943.

(8) FONT RÍUS, en *Orígenes del régimen municipal de Cataluña*, 1946, págs. 20-30, ha realizado el siguiente intento de clasificación: *a)* Teoría de la inmunidad (ARNOLD): el municipio surge por la fusión de la población libre subordinada a los oficiales reales con la de las inmunidades episcopales; fenómeno operado en el siglo x, en virtud de los privilegios otónicos. *b)* Teoría señorial o curtense (NITZSCH). *c)* Teoría del gremio (GIERKE): el derecho municipal sería un producto de la organización gremial. *d)* Teoría de la comunidad rural (G. VON BELOW): el régimen municipal urbano proviene del Concejo rural, que nació de la necesidad de ordenar en común la vida económica. *e)* Teoría del mercado (SOHM, estudiada con particular atención en España por GARCÍA DE VALDEAVELLANO): el derecho de la ciudad procede del derecho del mercado. *f)* Teoría del burgo (KEUTGEN). *g)* Teoría del asentamiento mercantil (PIRENNE): si bien la ciudad no es el mercado desarrollado, es, desde luego, obra de mercaderes. *h)* Teoría de los vínculos vecindales y franquicias (FLACH).

(9) *Origen del régimen municipal en León y Castilla*, 1903. Como

se esfuerzan por encontrar una solución propia a los peculiares problemas que ofrece el medioevo español en este punto.

La razón de esta breve referencia a la hoy superada discusión es bien clara: es muy importante saber cuándo empieza a existir el municipio español, puesto que a partir de ese momento histórico determinado, los bienes comunales van a ser considerados como bienes municipales. Aceptada la tesis germanista de la completa desaparición del municipio romano, quedan ya suprimidos los problemas que pudieran derivarse de la posible sucesión de su régimen.

Pero interesa seguir precisando este punto del origen municipal, porque, al menos en España, a la desaparición del municipio romano y del visigótico, no sucedió inmediatamente el municipio medieval, sino que hubo un intervalo de varios siglos durante el que se careció en absoluto de régimen municipal, y se da la circunstancia de que en ese intervalo, es decir, durante los primeros siglos de la reconquista, es cuando aparecen y se multiplican los bienes comunales, como forma ordinaria, incluso, de los aprovechamientos agrarios. He aquí, pues, que los bienes comunales en su origen no pueden en modo alguno imputarse a un municipio, no son bienes municipales, sino de un común o agrupación de vecinos en su sentido más estricto.

Precisamente el gran secreto de los bienes comunales va a ser, como acaba de decirse, su mágica transformación en

---

se indica más adelante en el texto, ningún interés tendría aquí hacer una investigación circunstanciada del origen de la ciudad; problema que, por lo demás, dista mucho de estar aclarado. La sumaria exposición que se ha hecho basta para llamar la atención sobre un fenómeno para nosotros capital, y ya aludido: los bienes comunales que en un tiempo pertenecen a un grupo, más adelante pasan a ser de una persona jurídica, de una universitas, concretamente de la ciudad. Esto es lo único que aquí importa. Lo demás corresponde a los historiadores. La bibliografía moderna es inabarcable y contradictoria. Buen ejemplo de ello es la nota anterior. A la bibliografía manejada en el excelente libro de FONT RIUS nos remitimos, y por citar otra obra *standard* de carácter diferente, cfr. SCHWERIN-THIEME, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 4.ª ed., 1950, págs. 198 y sigs. (la bibliografía en las págs. 202-203).

bienes municipales o bienes de una persona moral, a lo largo de un proceso del que debemos seguir ocupándonos.

II. LAS BASES POLITICAS, ECONOMICAS Y SOCIALES

La concepción del Municipio como una *universitas*, que es lo que aquí nos interesa, es un fenómeno jurídico, cuya aparición es consecuencia de claras influencias doctrinales de tipo romanístico (10), pero que hubiera sido inimaginable sin una determinada base real, que en España significa la coronación de un largo proceso que se gesta a todo lo largo de la Alta Edad Media. En este sentido, parece necesario hacer una breve referencia a estas bases políticas, económicas y sociales, que, por lo que afecta a España, siguiendo a FONT RIUS (11) podrían resumirse así:

a) Factores políticos: la reconquista y la repoblación de territorios.

b) Factores legales: las concesiones de cartas pueblas y de franquicias.

c) Factores económicos: liberación de cargas y prestaciones públicas; prosperidad económica.

---

(10) No se olvide tampoco el enorme impacto que, a su vez, el nacimiento de la ciudad supuso en el campo del puro Derecho civil con la aparición de las primeras formas de propiedad libre de vinculaciones, y que la doctrina resume en el conocido aforismo: *Die Luft der Stadt macht frei.* Fenómeno que, a la larga, había de colaborar en el derrumbamiento del viejo concepto de bienes comunales. Téngase presente que mientras la ciudad no existe, es decir, hasta la Baja Edad Media, la libertad dominical tampoco existe, y las limitaciones que el vínculo comunitario impone sobre los bienes individuales son muy grandes.

(11) *Orígenes del régimen municipal en Cataluña*, cit., págs. 50-65 y 101-215, al que me remito *in totum*. Con un carácter más general, GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, págs. 623-626.

d) Factores sociales: formación de una nueva clase ciudadana.

e) Factores jurídico públicos: la utilización de las unidades territoriales locales como demarcaciones jurídicas, demarcaciones eclesiásticas y demarcaciones administrativas o señoriales.

f) Factores que contribuyen a la formación de la personalidad del grupo vecinal: la solidaridad de derechos e intereses vecinales (concretamente, la posesión o aprovechamiento comunal de tierras, pastos, bosques y aguas, la ejecución o explotación vecinal de determinados establecimientos, obras y servicios, y el ejercicio por parte del grupo vecinal de ciertas funciones o servicios), las relaciones profesionales y económicas, el vínculo religioso y el vínculo de la común dependencia señorial.

"A la vista de aquellos hechos —termina este autor (página 220)—, índices y exponentes casi todos de un espíritu de cuerpo y de una actuación pública positiva de los núcleos de habitantes de las localidades, nadie dudará de la realidad y existencia de una verdadera comunidad popular de naturaleza jurídico-pública, especialmente en sus momentos más adelantados... Claro es que siempre cabrá abrir discusión sobre la legitimidad de considerar como municipalidades las formaciones locales que se hallan en este estado de su desarrollo, poco definidas como entidades autónomas, al menos con delimitadas funciones a su cargo y con órganos propios. Pero ante la dificultad de fijar un concepto previo, absoluto y seguro del municipio, es obligada la admisión de cierto margen en la valoración de los hechos o síntomas que puedan caracterizar un régimen municipal rudimentario".

En todo caso debe tenerse presente que el proceso de personalización de las entidades municipales no desembocó en una sola figura: la ciudad (aún entendida en sentido amplio). De muy distintas características son —por citar las dos que mayor relación guardan con los bienes comunales— las

que de modo aproximativo podrían denominarse *communes* de tipo francés y *comunidades* de tipo español (12).

La *commune* fue muy distinta de la *ville* normal, y más sencilla puesto que no precisaba necesariamente la atribución de derechos y privilegios, y ni siquiera una jurisdicción especial, y se constituían sencillamente mediante la prestación de un determinado juramento. En sus orígenes, en los siglos XI y XII, la comuna francesa ha sido una asociación jurada, formada por los habitantes o un grupo de habitantes de una villa, para protegerse contra sus opresores o prestarse ayuda mutua. Nada más ni nada menos.

Los comuneros han obtenido la autorización de su señor, algunas veces por medios pacíficos, otras por la insurrección y otras por invitación. Esta autorización no ha sido siempre objeto de una carta, ha podido ser oral o no haber sido confirmada por escrito más que mucho tiempo después (13). Frecuentemente contiene un cierto número de ar-

---

(12) No parece preciso subrayar la reiteración con que aparece la misma raíz terminológica, que nos delata su íntimo parentesco con la idea esencial de comunidad, propia de los bienes comunales. que es mucho más fuerte que la idea de la municipalidad. Sobre el parentesco semántico de "común", "comuna" y "comunidad", véase JOSÉ ANTONO MARAVALL, *Las Comunidades de Castilla*, 1963, págs. 86 y sigs. La diferenciación que se establece en el texto tiene valor fundamentalmente en razón al patrimonio comunal que las Comunidades españolas habían de adquirir —que es lo que aquí nos interesa— y no en razón a su actividad política, que no es de este lugar.

(13) Un ejemplo español de esta figura, que es seguro no ha de ser excepcional, es el Privilegio de Jaime I de Aragón a los vecinos de Barbastro en 1255: "volumus, concedimus, et plenam licentiam, et potestatem, donamus vobis hominibus, et toti universitati de Barbastro, quod vos, vel quicumque ex vobis, hac facere volueritis, possitis habere unitatem, et facere iuras et sacramenta inter vos, quod valeatis, et invetis vos contra omnes homines, et personas, dando fidanciam directi cuilibet querelanti de vobis salvis tamen in omnibus, et per omnia iure dominatione ac fidelitate nostra. Volumus etiam et concedimus vobis quod si volueritis possitis facere inter vos comunitatem seu comune ad utilitatem et defensionem vestram ad malefacta evitanda libere et absolute ex permissione nostra promitentes vobis bona fide quod nunquam de ipso communi aliquid tanjamus vel accipiamus, nec tanji, vel accipi permittamos ab alique, sed vos faciatis de ipso libere vestram propiam voluntatem ut dictum". Debe insistirse, por tanto, que la diferenciación hecha líneas arriba en el texto no tiene un valor institucional ni histórico (son numerosísimos los levantamientos de comuna que tuvieron lugar en España en la Edad Media) sino que se refiere sólo al papel de los aprovechamientos comunales.

tículos, es decir, de garantías de seguridad indispensables y regulando las cuestiones litigiosas; sólo muy raramente fija la constitución política y administrativa de la comuna (14).

La existencia de comunas con estas características no duraría mucho tiempo. A finales del siglo XIII perderían su significación política, al dejar de constituir un sostén para la Monarquía, que a partir de entonces no se apoyaría en ellas, sino en las *villes de franchises* en sus luchas contra la nobleza. Perdida esta base política, y sin que económicamente pudieran competir tampoco con las nuevas y ricas ciudades —*les bonnes villes*— terminarían por dejarse absorber entre los demás tipos ciudadanos.

Por lo que se refiere a la segunda de las variedades indicadas, las que pudiéramos denominar comunidades de tipo español, éstas se caracterizan porque su personalidad jurídica absorbe las de las aldeas que en ellas se integran. Para GIBERT, "en ninguno de sus aspectos —territorial, personal y de autonomía— constituye la entidad municipal un todo compacto y homogéneo, sino más bien la agregación de entidades locales diversas, ordenadas en su estructura orgánica y jerárquica. Esta es la noción de *villa y tierra* que preside el régimen local anteriormente a las reformas constitucionales... la agrupación de los pueblos en torno a una ciudad o villa que ejerce un papel directivo hacia el interior y que hacia el exterior asume la representación de todos ellos. Su estructura es la disposición de la tierra, con todos sus elementos en torno a la Villa" (15).

En el siglo XII se daba el nombre de comunidad al régimen particular de un territorio del cual era cabeza una ciudad o villa realenga e independiente, y que formaba por concesión del monarca un pequeño Estado con fuero propio y mancomunidad de intereses, obligaciones y derechos. Este territorio era dado al Concejo de aquella ciudad o villa en

(14) PETIT-DUTAILLIS, *Les communes françaises*, 1947, páginas 359-360.

(15) En *Concejo de Madrid*, 1949, pág. 73.

igual forma que se daba otros territorios a un Conde o a un Obispo o a un Abad, y así como los que poblaban en terrenos de tal condado, o cual Iglesia o Abadiazgo eran sus naturales vasallos y estaban sujetos a sus pendones, así los aldeanos que poblaban en el territorio de una Comunidad dependían del Concejo de la Ciudad o villa que era su cabeza. Los requisitos esenciales de toda comunidad eran: 1) Ser villa realenga e independiente de todo señorío feudal, eclesiástico o secular. 2) Tener señorío territorial extenso y con dominio sobre las aldeas del territorio, las cuales debían seguir su pendón como los vasallos de un señor feudal seguían al de éste. 3) Tener fuero único para todo el territorio con jurisdicción civil y criminal. 4) Tener mancomunidad de pastos y otros derechos con las aldeas. Lo que caracteriza, en fin, a la comunidad es la existencia de un término municipal (16).

III.—SE INICIA EL PROCESO DE FORMACION DE CIUDADES

En la Alta Edad Media no puede hablarse ni de municipios ni de ciudades en sentido jurídico. En la realidad se aprecian simplemente agrupaciones, más o menos amplias, de individuos. Ahora bien, con el tiempo, allí donde las agrupaciones son más densas —urbanas— cobran un significado político y social muy peculiar y se inicia un proceso evolutivo que había de distinguirlas de las agrupaciones *rurales* más tradicionales (17).

---

(16) CARLOS RIBA Y GARCÍA, *Carta de población de la ciudad de Santa María de Albarracín*, 1915, pág. VIII. Baste por ahora la alusión a las comunidades de este tipo, que son las que nos interesan. En el capítulo VIII haremos un estudio detenido del tema.

(17) La distinción entre "municipios urbanos" y "municipios rurales" es, a los efectos de este libro, fundamental. Cuando el historiador —sobre todo el extranjero— analiza el fenómeno de la formación

En su origen no significaban los muros de la ciudad señal alguna de una asociación especial. En la ciudad encuentran acomodo una o varias *comunidades* locales, que se organizaban de igual modo que las rurales. En estas circunstancias no existió el concepto de ciudad como unidad política. La palabra *civitas* tenía una significación puramente topográfica, designando sencillamente un caserío habitado, fortificado y rodeado de murallas. Ni había una institución ciudadana especial ni una corporación burguesa ciudadana, sino sencillamente asociaciones públicas o señoriales domiciliadas en la ciudad y miembros de ellas (18).

Las ciudades empiezan a modificarse con los movimientos que surgen en el siglo x. La ciudad se convierte en un espacio separado y especializado y se forma el concepto correspondiente de una comunidad ciudadana. Ambos factores se perfeccionan primeramente en las ciudades episcopales, lo que se debe principalmente a la concentración de todos los poderes ciudadanos en las manos del obispo. Lo cual no sucede en las villas señoriales, ya que en ellas priman sobre el elemento burgués los poderes del señor.

El espacio de la ciudad adquiere una estructura jurídica

---

de las ciudades, suele hacerlo a la vista del ejemplo lombardo, flamenco y renano. Países donde, como resultado de unas circunstancias muy concretas, surge un tipo de municipio urbano que expresa la tensión de dos elementos —la plutocracia y el pueblo— extraños al mundo germánico dominante. Municipio que precisa para su desenvolvimiento de un nuevo derecho, el Derecho romano, de cuyo renacimiento iba a ser, por tanto, causa y efecto (cfr. CALASSO, *Medio evo del Diritto*, I, 1954, pág. 352 y sigs.). Pero esto no nos interesa a nosotros. Los municipios medievales españoles —salvo excepciones muy contadas— tienen un carácter muy distinto, típicamente rural, que se desenvuelve más cómodamente en el ambiente germánico y popular de las cartas-pueblas y fueros. Hecha esta advertencia, el Derecho romano nos importa para un dato esencial: la formación de la personalidad del Municipio —sea urbano o rural— tal como se desarrolla en el texto. Cfr. También las observaciones de MAURER en la nota 19.

(18) En la descripción que viene a continuación seguimos en lo fundamental a GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., II, págs. 573 y sigs. Por otro lado, para CALASSO (*Medio evo...*, cit., páginas 371-373) el proceso de la formación de la personalidad jurídica, que tiene lugar en estos siglos, es un fenómeno típicamente medieval, en cuanto expresión jurídica del gran principio filosófico de la unidad, de la *reductio ad unum*, ya que *omnis multitudo derivatur ab uno*.

característica, fundamentalmente por la determinación de una paz especial acentuada que reina en ella. De aquí empieza a desarrollarse un derecho ciudadano especial, que se aumenta con los privilegios que se van concediendo primero al señor de la ciudad y luego a los mismos ciudadanos. Este progreso se corona con la concesión de una jurisdicción ciudadana con la que la ciudad termina separándose por completo del territorio (y con esta palabra no se designa ya simplemente un lugar, sino una unidad jurídica cualificada). En este sentido es una institución territorial nueva.

Sobre esta base se ponen en movimiento dos series de consecuencias sumamente graves: por un lado, surge la comunidad ciudadana como asociación personal especialmente cualificada; y, por otro, las relaciones internas de sus miembros se modifican completamente.

En las comunidades rurales la evolución debió ser mucho más sencilla, pero aún está por determinar con cierta precisión. Como dice FONT RIUS (18 bis), el proceso por virtud del cual las aglomeraciones inorgánicas de cultivadores o arrendatarios de un término, parroquia o castillo han ido convirtiéndose en orgánicas, al aumentar su población y estrechar sus vínculos, es difícilmente perceptible. En todo caso el resultado es manifiesto: un día aparece el conjunto de habitantes del distrito como universidad o comunidad con personalidad propia ante el señor.

El nombre de *cives burgenses, urbani, civitatenses*, etc., dejó ya de significar en esta época una mera pertenencia a una ciudad para expresar la calidad activa de socio de una comunidad burguesa. Aparece ya la *universitas ci-*

(18 bis) *Orígenes...*, cit., pág. 225. Y continúa (pág. 230): Entonces empieza a usarse la voz *concilium*. Pero ¿significaba tan sólo la mera agrupación o conjunto de los pobladores o designaba de manera más especifica la asamblea o reunión de vecinos como organismo comunal? Sea como fuere, a partir del siglo XIII la palabra que se usa es la de *universitas*, que significa: la totalidad, la comunidad de los habitantes de un lugar, haya o no establecido en el mismo unos órganos o régimen de gobierno (pág. 232).

vium, que aspira a ser dueña de la ciudad y que —como insistiremos más adelante— se identifica al tiempo con su cuerpo.

En el proceso de formación de la ciudad conviene tener presentes dos elementos muy distintos: por un lado la aparición dentro de la ciudad de una comunidad de ciudadanos organizada como una unidad y, por el otro, las actividades de esta comunidad de ciudadanos que tendían a conseguir el dominio de la ciudad, excluyendo a los señores o a los obispos.

El primer aspecto —es decir, la formación de una comunidad de ciudadanos diferente de todas las colectividades existentes dentro de los muros de la ciudad— se desarrolló debidamente cuando la antigua comunidad, después de haber absorbido los elementos señoriales, fusionó los conceptos y las formas de los gremios libres con la colectividad ciudadana.

El segundo aspecto —dirigido hacia fuera— consistió en que la burguesía, así constituida, se identificó con la ciudad y terminó apoderándose, en cuanto institución comunal, al tiempo estatal y local, de los poderes públicos y señoriales radicados en el territorio municipal.

Sobre este fondo histórico real, los juristas regios, educados en el sistema del derecho romano, empiezan a manejar un concepto inédito para la municipalidad medieval: la *universitas*, la persona moral (18 ter).

El salto era, sin embargo, demasiado audaz como para que pudiera realizarse sin gradaciones.

Acabamos de ver que el primer paso ya estaba dado: la aparición de una comunidad ciudadana con personalidad

---

(18 ter) Véase un ejemplo muy gráfico: A mediados del siglo XIII la 1. 1, tít. X, de la Partida 2, llama al pueblo "ayuntamiento de todos los omes comunalmente"; pero cuatro siglos después glosa Gregorio LÓPEZ: *populus propie non sunt homines sed hominum collectio in unum corpus mysticum, et abstractive sumptum, cuius significatio est inventa per intellectum, et sic etiam dicebat Baldus.*

diferente a la de cada uno de sus miembros. Pero del reconocimiento de una colectividad ciudadana, conjunto de seres físicos al fin y al cabo, al reconocimiento de la persona moral de la ciudad puramente abstracta, aun quedaba un gran trecho:

El paso siguiente al que ya queda anotado —*existencia* de una comunidad de ciudadanos— viene dado por dos fenómenos paralelos íntimamente relacionados: por un lado, la *actividad orgánica* de esa comunidad, el "consilium" de tantos documentos primitivos españoles, y por otro, una *denominación adecuada de esa comunidad de ciudadanos, que expresa el reconocimiento efectivo de su personalidad.* A tales efectos se utiliza el significativo nombre latino de "universitas". Esta *universitas* —puntualiza FONT RIUS— "no es una fase o institución nueva que haya aparecido; es el nombre tan solo el que viene a calificar una entidad cuya personalidad venía manifestándose ya con expresiones y términos más o menos vagos e indefinidos. Su significado es claro desde un principio: la totalidad, la comunidad de los habitantes de un lugar, haya o no establecido en el mismo unos órganos o régimen de gobierno" (19).

En el municipio medieval castellano viene a expresarse su personalización con la substitución del régimen de con-

---

(19) *Orígenes del régimen...*, cit., págs. 231-232. Según MAURER *(Geschichte der Dorfverfassung...*, cit., II, págs. 220-222), el impacto del Derecho romano sobre esta materia produce cuatro consecuencias esenciales: *a)* se olvida el carácter real de la Corporación, a quien se considera como una *persona ficta; b)* con el resultado de que se exige ahora para su existencia el reconocimiento del Estado; *c)* parece inevitable la presencia de síndicos, como corresponde al resto de las corporaciones; *d)* también se instituye una tutela en razón al carácter de menor que tienen ahora todos los municipios *(universitas cum pupillo pari ambulat pasu)*. Esta asimilación de los Concejos a los menores, junto al aspecto negativo de la tutela, ofrece beneficios positivos, que han llevado a calificarle de privilegio de la menor edad. En España se recogió expresamente en las Partidas (ley 10. tít. XIX, P. 6), fundamentando una demanda restitutoria especialísima, que sirve, por cierto, para esclarecer el moderno recurso de lesividad. (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La configuración del recurso de lesividad", en *Revista de Administración Pública*, número 15, 1954, pág. 119).

cejo por el régimen de regimiento. El gobierno tradicional venía siendo por concejo o asamblea político-social de vecinos, que en un principio ajercía también funciones judiciales (20). Pero gradualmente, conforme se va disociando su personalidad política de su personalidad social, el monarca logra ocupar un puesto en este ámbito de su personalidad política, y a costa de su personalidad social, que queda un tanto desplazada. El instrumento que se utiliza a estos efectos es el sistema de regimiento: el gobierno pasa a mano de unos individuos —los regidores— nombrados por el monarca y vinculados a él. Esta innovación había de producir un escándalo que se traduciría, por un lado, en revueltas populares de carácter político que pretendían reconquistar su antigua organización democrática y, por otro, en dificultades de naturaleza jurídica, ya que no era fácil imputar, sin más, la conducta de un extraño al cuerpo del concejo tradicional (21).

---

(20) Sistema judicial propio del *altes, gutes Recht* germánico. Cfr., en general, sobre el tema, KERN, *Recht und Verfassung im Mittelalter,* ed. 1958. Para HINOJOSA, estas funciones jurisdiccionales —que fueron las primeras en ser absorbidas por el monarca— tienen tanta importancia para la historia de los Concejos, que "su autonomía se inicia desde que tienen jueces propios". *(Estudios sobre la Historia del Derecho Español. Origen del régimen municipal en León y Castilla,* 1903, pág. 27.)

(21) La primitiva técnica jurídica resolvió este problema de la imputación mediante una ficción. Así, la carta de Alfonso XI al regimiento de Madrid atribuye al Ayuntamiento, entre otras facultades, las de "hacer y ordenar todas las cosas que el Concejo haría y que valga *como si* el Concejo, todos ajuntados en uno, lo ordenaren". *(Apud* GIBERT, *Estudio histórico-jurídico del Fuero de Sepúlveda,* en la edición de la Diputación Provincial de Segovia, 1953, pág. 447.) En la página siguiente puede verse un ejemplo de revolución popular en 1401 en favor del régimen antiguo. Refiriéndose precisamente al reinado de Alfonso XI, así resume ALBI la intensificación de la intervención real en la vida municipal: "Durante su reinado se produjo un trascendental viraje en el sistema municipal de Castilla, de importancia tan excepcional, que ha de imprimir en lo sucesivo la tónica general al municipio español hasta las Cortes de Cádiz de 1812. La democracia y la autonomía de los Concejos desaparecen de hecho como consecuencia de las reformas de ese reinado, para ser sustituidas por un sistema directamente intervenido por la Corona. El Municipio pierde su personalidad para convertirse en un órgano administrativo del poder central" *(El Corregidor en el Municipio español bajo la monarquía absoluta,* 1943, pág. 48). Desarrollar el tema de la intervención real en las ciudades equivaldría a hacer una

IV. EVOLUCION DE LA UNIVERSITAS EN LOS DOCUMENTOS MEDIEVALES ESPAÑOLES

En el epígrafe anterior se ha trazado un esquema abstracto del proceso de la formación jurídica de las ciudades o, si se quiere, del proceso de aplicación del concepto de la *universitas*. Ahora vamos a examinar este mismo proceso a la luz de los documentos medievales españoles (22). Conforme a los cuales, podemos apreciar cuatro estadios perfectamente diferenciados, aunque naturalmente sus fronteras cronológicas solo puedan determinarse aproximadamente y haya excepciones notorias, que pueden imputarse ordinariamente a errores, conscientes o inconscientes, de transcripción.

A) Primera fase: *a)* La ciudad no existe ni como persona jurídica independiente de sus miembros ni siquiera como simple agrupación de ellos. Sólo se toman en consideración personas físicas. En las donaciones, el señor o enumera individualmente a los destinatarios o emplea un pronombre personal plural: *vobis, eis.*

b) La imposibilidad lógica de imaginar entes colectivos o abstractos se traduce incluso en los documentos que se refieren a la Iglesia o a los monasterios. La Iglesia, como per-

historia de las mismas, lo que evidentemente no es de este lugar. Además, debe tenerse siempre presente la inevitable peligrosidad de las generalizaciones por lo que se refiere al medioevo europeo: en algunas regiones se afirman los derechos de las ciudades cuando en otras se encuentran todavía oprimidos o, más aún, son inimaginables. En Occidente sirven de ejemplo las ciudades lombardas, que encuentran su primer gran apogeo de libertad ya en el siglo XII (Cfr. SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter*, III, 1834-1961, págs. 103 y sigs.). En Inglaterra es a finales del siglo XV cuando los municipios adquieren la calidad de *Corporation* o *persona ficta* (E. JENKS, *Essai sur le gouvernement local en Angleterre*, 1902, pág. 262).

(22) Especialmente Fueros y Cartas pueblas. Con la advertencia de que para este período histórico sólo se manejan ediciones impresas.

sona moral, no aparece, sino el Obispo o el Abad y sus clérigos y monjes. En ocasiones se logra una eliminación de estas personas físicas; pero no mediante una abstracción, sino mediante una personificación del patrono: La Virgen, un santo determinado.

En ambos casos, los efectos de despersonalización, que se perseguirán después con la técnica de las personas morales, se logran entonces con la invocación de las generaciones futuras.

Esta etapa comprende cuatrocientos años muy holgados: hasta el siglo XII.

B) Segunda fase: *Junto* a los individuos aparece un órgano (el *concilium,* concejo), que no debe entenderse todavía como persona moral u órgano de la ciudad, sino como órgano o expresión de la agrupación social de los vecinos: el concejo es la agrupación de los vecinos. Por ello, o aparecen juntas las dos expresiones: *vobis concilio de,* o se manejan indistintamente en el mismo documento: *vobis, eis, concilio.*

C) Tercera fase: El concejo se personaliza: ya no es la expresión de la comunidad total de vecinos, sino un órgano de la misma, formado por un número limitado de sus miembros. De esta manera, junto al concejo aparecen los vecinos (que son cosas distintas, a diferencia de lo que sucedía en el apartado anterior) e incluso a veces algunos miembros calificados, los hombres buenos.

D) Cuarta fase: El concejo adquiere la representación exclusiva de la ciudad, como titular de los derechos y obligaciones de la misma. El Concejo es, por así decirlo, la expresión jurídica de la ciudad como realidad social. (Sobre esta fase, por su modernidad, no parece necesario insistir).

Véase ahora la prueba de cuanto se ha dicho:

Aa) *Haec est carta confirmationis quam ego Gomesanus..., facio vobis hominibus de Sancto Anacleto* (Carta de

población de San Anacleto dada en 1063 por el Obispo de Nájera, D. Gómez) (23). *Haec est charta donationis et libertatis quam facio ego* RANNIMIRUS... *vobis omnibus hominibus de Jacca, tan maioribus, quam minoribus, praesentibus et futuris* (Confirmación de los Fueros de Jaca por D. RAMIRO el Monje, 1134) (24). *Alfonsus... facio hanc cartam donationis et confirmationis vobis totos populatores de illo vurgo novo* (Fuero del Burgo nuevo de Alquézar, ALFONSO el Batallador, 1114) (25).... *vobis omnibus, qui ad illas Burgensium villas regiminis mei culmen pertinent, ad populandum venire decrevistis, tam modo vobis qui populantes estis, quam ad illos qui veniuntes in illas villas populari essent, regali voluntate do et concedo vobis supernominatis hominibus Burgensis civitatis forum, ut in omnibus diebus vitae seculi interim mundus extiterit illud Burgense forum habeatis vos et filii vestri, cuncta generatio et posteritas vestra idem forum, eadem consuetudinem, eandem faciendam in omnibus iis, quibus Burgenses homines utuntur* (Fueros y privilegios de la ciudad de Burgos, ALFONSO VI, 1075) (26). *Ego Urraca... facio cartam stabilitatis... vobis fidelibus hominibus de Burgos* (Privilegio de Doña URRACA, 1118) (27). *Ego Alfonsus... facio cartam donationis vobis omnibus in Burgos commorantibus tam praesentibus, quam futuris, dono et otorgo vobis* (Privilegio de ALFONSO VII, 1124) (28). *Ego Alfonsus... facio hanc cartam donationis, et confirmationis vobis populatores de Exea qui estis vel qui de ista ora in antea veneritis ibi populare de omnibus terminis vestris* (Carta de población de Ejea, ALFONSO el Batallador, 1180) (29). *Facimus cartulam donationis ad vos homines de poblatione, tam illis qui populant ibi,*

---

(23) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 233.

(24) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 239.

(25) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 254.

(26) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 256.

(27) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 265.

(28) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 266.

(29) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 299.

quan illi qui venerint ad populandum (Fuero de Sahagun, 1110) (30).

Ab) *Ego Fernandus... dono et concedo tibi Patri nostro Lazaro Abbati Monasterii S. Petri de Caradigna, et omnibus moratoris, ac fratribus tuis, ibidem Deo servientibus, tam presentibus quam futuris* (Donación al Monasterio de San Pedro de Cardeña, FERNANDO I, 1045) (31). *Ego Ferdinandus... concederemus in ipso loco sedis Sanctae Mariae, et tibi Patri Pontifici nostro Domino Ordoneo* (Donación al Monasterio de San Martín de Tera, FERNANDO I, 1053) (32). *Populamus villam qui vocant Longares ad honoren Sancti Martini Episcopi cum introitu et exitu, ut ipsi populatores semper sint servi de Sancti Martini.* (Carta de población de Longares, 1063) (33). *Haec est carta, quam facio ego Sanctio... ad beatae Dei genitricis Mariae, que dicitur de Alquezar, et ad defensionem et tuitionem servorum Dei, ibi habitantium, scilicet Abbati Don Galindo, et presbitero Sante prior, et aliis clericis presbiteris... et omnibus clericis filiis et populatoribus Alquerici, presentes et futuris* (Fueros y Privilegios de la Iglesia y villa de Alquezar, SANCHO RAMÍREZ, 1069) (34). *Ego Santius... dono et ofero deo et Beatae Mariae qui dicitur de Alquezar, et Galindo Abbati de Alquezar meo capellano, et succesoribus tuis, et omnibus clericis de Alquezar* (Privilegios de Santa María Alquezar, SANCHO RAMÍREZ, 1075) (35).

B) *Ego Ferrandus... facio cartan donationis, confirmationis, concessionis, et stabilitatis vobis concilio de Burgos praesentibus et futuris perpetum valituram* (Privilegio de Fernando III, 1337) (36). *Concedo et stabilio vobis concilio*

---

(30) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 357.
(31) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 203.
(32) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 227.
(33) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 230.
(34) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 246.
(35) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 251.
(36) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 271.

de Balbas (Fuero de Balbás, ALFONSO VII,1135). *Nobis facimus cartulan et scripturam firmitatis... vobis concilio de Castrotoraf, damus a vobis terminos* (Fuero de Castrotorafe, ALFONSO VII, 1129) (37).

C) Conozcan todos que nos Pedro González de Morentin, alcalde LOPE FERNÀNDEZ, de Valtierra, justicia D. FERRÁN García de Monteagunt... jurados, et el concello de Tudela, plegados a concello a voz de pregoneros, dentro en la clausura de la mayor eglesia de Santa Maria de Tudela, segund usado e acostumbrado es de plegar concello en la villa de Tudela (Modificación de los Fueros de Tudela, 1330) (38). ALFONSO... damos y otorgamos este fuero a los ombres buenos de la nuestra villa de Llanes... Et nos el concejo de Llanes rrecebimos esta merced e este fuero que nuestro señor el rrey don ALFONSO nos da... Yo, don ALFONSO... fago tal pleito e tal postura con el concejo de Llanes e con todo los caualleros de su termino (Fuero de Llanes, 1206) (39). En las sucesivas confirmaciones, que se transcriben en la misma edición, aparece la siguiente terminología: 1333: concejo e los ombres buenos; 1372: concejo, vecinos e moradores; 1383: concejo e ombres buenos; 1401: concejo e ombres buenos; 1420: concejo e ombres buenos; vecinos e moradores; 1454 y 1481: concejo e ombres buenos. Por parte del Concejo, justicia e Regidores, Escuderos, Oficiales e hommes buenos de la Villa de Cáceres... (Carta de los Reyes Católicos escrita al Maestre de Alcantara, 1491) (40). A vos, el concejo, justicia, regidores, oficiales y hommes buenos de la villa de Puerto Real. (Privilegio de los Reyes Católicos de 1484. En Carta-puebla de la villa de Puerto Real) (41).

---

(37) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 480.

(38) *Apud* MUÑOZ Y ROMERO, pág. 423.

(39) Ed. Bonilla y Sanmartin, 1918.

(40) En *Fueros y Privilegios de la Villa de Cáceres*, s. a., siglo XVIII.

(41) Ed. Rafael de Cozar, 1913.

V. RELACIONES ENTRE LA UNIVERSITAS Y LOS BIENES COMUNALES

En una época de economía rudimentaria y exclusivamente agrícola, habían de tener los bienes comunales una importancia excepcional. La posibilidad de aprovechamientos comunales sobre los antiguos baldíos o las adjudicaciones de los mismos a los señores, fue, por ejemplo, uno de los mayores atractivos de la reconquista y de la repoblación.

La consecuencia es que los bienes comunales jugaron un papel muy importante en la constitución y desarrollo del municipio primitivo. A este dato tuvieron ocasión de referise DÍAZ CANSECO (42), BRUTAILS (43), y CALMETTE (44), entre otros, y recientemente FONT RIUS (45), quien llega a sugerir que las relaciones derivadas de los aprovechamientos comunales quizá representan el factor más decisivo en la formación de

---

(42) "Sobre los fueros del valle de Fenar, Castrocalbón y Pajares" (notas para el estudio del Fuero de León), en *Anuario de Historia del Derecho Español*, I, 1924, pág. 342: "Por lo que resulta de las fuentes entre nosotros, creo que aquí es exacta la opinión de von BELOW, quien entiende que donde hay que buscar el origen del Concejo de la ciudad es en el Concejo rural, y que éste nace naturalmente, como exigencia de la organización de la vida económica, que no entra en la Edad Media dentro de la competencia del Estado y, por tanto, goza de una gran autonomia, y especialmente de la existencia en los distintos distritos rurales de una parte del término (montes, praderas, dehesas), sin apropiación privada, y cuya posesión y aprovechamiento es de la comunidad. Mantener y ordenar en común la utilización por todos de los bienes que se consideran como del pueblo y reglamentar comunalmente la misma economia privada, la explotación agraria y pecuaria de la propiedad de cada vecino, ha sido entonces y es todavía en el ángulo visual de la conciencia de nuestros aldeanos, el fin fundamental y la razón de la existencia del Concejo".

(43) *Etude sur la condition des populations rurales en Roussignol au Moyen Age*, 1891.

(44) "El feudalisme e ils origens de la nacionalitat catalana", en *Quaderns d'Estudi*, tomo XIII, 1921, pág. 155.

(45) *Origenes del régimen...*, cit. págs. 176-182.

una solidaridad vecinal entre los moradores de una localidad rural.

Desde los primeros testimonios documentales aparecen bienes pertenecientes a las *universitates*. Esta precisión es importante, aunque parezca obvio después de lo que queda dicho más arriba: los bienes comunales que se conceden o se ocupan (o simplemente existen) no se imputan en un principio a las ciudades, en razón a que dichas ciudades carecen de personalidad, sino a la *universitas* (46), al común de vecinos, como se dirá más adelante. En este sentido, las *universitates* poseen bienes desde los tiempos más antiguos (47). De ello pueden encontrarse innumerables ejemplos en todos los libros de historia que tratan la materia; pero lo que a nosotros nos interesa aquí es ir precisando los distintos grupos de bienes que se encuentran bajo esa denominación genérica de bienes comunales:

---

(46) Dada la generalidad de testimonios de lo que se afirma en el texto no es necesario precisar ejemplos concretos. Cfr. por todos, FONT RÍUS, *Orígenes del régimen...*, cit., págs. 178-179.

(47) Como está comprobado documentalmente. Pero es más: ya los viejos historiadores franceses insisten en que estos bienes tienen un origen mucho más antiguo del que aparece en su primera constancia documental. Según RIVIÈRE *(Histoire des biens communaux en France*, 1856, pág. 335), "para las antiguas ciudades y municipios de origen romano, los comunales eran el resto de las tierras hermes que las leyes imperiales atribuían a las curias para sacar impuestos. En las «ciudades nuevas» (los entrecomillados son míos) eran los lugares incultos y abandonados, concedidos por los señores a las poblaciones que atraían a sus dominios".

Sobre los bienes comunales en la época franca, véase GLASSON, "Communaux et communautes dans l'ancien droit français", en *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1891, págs. 446 y sigs. El mismo autor, en su *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VII, 1896, págs. 258 y sigs., insiste en el origen franco, e incluso romano, de algunos de los bienes comunales de cuya existencia nos consta en la Edad Media, y de los que ofrece abundantes ejemplos. En todos estos casos, la solución histórico-jurídica que se apunta —y a la que ya hemos aludido en otro lugar— es que, con independencia del origen remoto o moderno de estos bienes, los señores feudales impusieron su señorío sobre los mismos, unificando así su régimen y quitando toda importancia al tema de su antigüedad. Quede así la cuestión por lo que se refiere a Francia. Para España, ya hemos sentado anteriormente nuestra posición.

A) En primer lugar aparecen bienes que hoy serían calificados como de dominio y uso público.

RIVIERE nos ha dado una minuciosa relación de ejemplos referidos a Francia (48). Pero mayor importancia tenía aún la generalizada pretensión de los burgueses de atribuir a la comuna la propiedad de sus murallas y, por consecuencia natural, la de los derechos que se pagaban a la entrada de sus ciudades. Ahora bien, no hay que olvidar que en la mayoría de los casos, el interés de la adquisición de este tipo de bienes radica en los mismos bienes, no en cuanto tales, sino en cuanto constituyen o pueden constituir una fuente de ingresos o, al menos, de utilización especial, por lo que más bien parece que deben incluirse en el grupo siguiente.

GIERKE (49) hace notar igualmente que incluso los bienes que se dedicaban al uso público (50) también servían a las instituciones ciudadanas, pues los individuos que utilizaban esas calles, fuentes y puentes no ejercían un derecho privado, sino que el uso público se apoyaba en la afectación de los bienes a los fines de la ciudad. Los bienes públicos en modo alguno carecían de dueño, sino que eran propiedad de la ciudad, quien podía venderlos, desafectándolos del uso común.

---

(48) *Histoire...*, cit., págs. 322-331. La Carta de Arras constata la donación hecha por Roberto, conde de Artois, a la ciudad de una calle y las rentas percibidas en una de las puertas con cargo a reparar la calzada, que cae así en el dominio comunal. En 1228, Hugo de St. Taurin, vasallo del Obispo de Amiens, vende a la Comuna de Amiens todo lo que poseía en la calle Canteraine, y concretamente los censos y la justicia (sobre lo que venía disputando desde hace tiempo con la comuna). El Obispo confirma la venta —también por su precio— y da la investidura al escabino, su nuevo vasallo. En 1266 el escabinado de Soissons pleitea contra el capítulo a propósito de la propiedad de una calzada. En 1269, Mathiey de Royer se quejaba de que el alcalde y los jurados de St. Riquier usurpaban un camino que le pertenecía.

(49) *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., II, págs. 682-683.

(50) A los que muy frecuentemente se aplicaba la equivoca denominación romana de *res communes omnium*.

B) Bienes que hoy se denominarían patrimoniales o de propios, debiendo distinguirse entre: a) edificios; b) rentas, arbitrios y multas; en general fuentes de ingreso para las arcas municipales, a que aludíamos líneas más arriba. Todo esto significaba cuantitativamente una porción muy escasa del patrimonio municipal, dado lo incipiente de la economía capitalista, pero su importancia era muy grande, precisamente por la escasez de moneda; c) tierras, bosques y prados, adquiridos bien sea por donación o venta, bien sea —caso más ordinario— por apropiación excluyente de los bienes comunales en sentido propio (51).

Esta última modalidad —transformación en propios de bienes que antes eran comunales, de lo que nos ocuparemos seguidamente— fue cuantitativamente la más importante y, en casos, se llegó a ella de una manera gradual (52); el primer paso hubo de ser el mantenimiento íntegro de los aprovechamientos comunales de los vecinos, al que se superponía un arrendamiento a los no vecinos de los terrenos sobrantes cu-

---

(51) El proceso de esta segregación de una parte de los bienes comunales en beneficio exclusivo de la ciudad, que se corresponde, por tanto, cronológicamente a la época de la separación de los conceptos de *universitas y communitas civium*, puede verse en GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., II, págs. 677 y sigs. En general, es consecuencia del aumento de las necesidades comunales (obras y funcionarios, principalmente), que obliga a un aprovechamiento más intenso de los recursos comunales. Y si en un principio son concurrentes y compatibles los aprovechamientos de los *cives singuli* y los de la *universitas*, llega un momento en que el crecimiento inusitado de éstos les hace en algunas partes incompatibles con aquéllos, que quedan eliminados.

(52) El fenómeno ya fue observado con toda precisión por CÁRDENAS (*Historia de la propiedad territorial en España*, 1873, II, páginas 181 y 182): "En los primeros tiempos de la Reconquista todas las tierras concejiles eran de aprovechamiento común; pero como muchos pueblos poseyeran más de lo que necesitaban para este fin, y sus gastos crecieron con su vecindario y su labranza, utilizaron las sobrantes dándolas en arrendamiento y empleando sus productos en los servicios públicos". Ejemplos concretos pueden verse en la nota siguiente. La afirmación está recogida y generalizada en ALBI, *Derecho municipal comparado del mundo hispánico*, 1955, pág. 542.

yas rentas ingresaban en las arcas del Concejo (53) (54). Económicamente este procedimiento no tiene nada de desorbitado, pero facilitó una nueva y más grave transformación psicológica y jurídica: los derechos de los vecinos terminaron por considerarse excepcionales, auténticos privilegios, que se fueron recortando a medida que aumentaban las necesidades económicas municipales. Jurídicamente, en su última fase, admitida la propiedad del Concejo, se convirtieron —o al menos así se consideraron por buena parte de los juristas— en *jura in re aliena.*

C) Bienes comunales propiamente dichos.—Estos bienes

---

(53) Cfr. el pliego de arriendo de bienes de la ciudad de Sevilla de 1377, transcrito por CARANDE ("Sevilla, Fortaleza y mercado". en *Anuario de Historia del Derecho Español,* II, 1925, pág. 363). En él se concierta que "todos los ganados de los vecinos de Sevilla, y de los vecinos de la Puebla, Coria..., que sean francos y no paguen dineros por los ganados que trajeren en las islas, y en el aguijón y en la marionza". También se declaran francos a los ganados de los pastores que los guardan, rabadanes y conocedores, siempre que no excedan de un cierto número. Establece los derechos a pagar *por las cabezas que excedan de él y para los demás ganados* que vinieren a los aprovechamientos. Otro ejemplo, cien años más tarde, en las "Ordenanzas hechas en Cáceres por los Reyes Católicos, 1489: Nos fizieron relación por su petición, diciendo que la dicha villa, e los vecinos e moradores de ella, e de su tierra, tienen dos dehesas que se dicen Zafra e Zafrilla, para pacer e labrar de cinco en cinco años, e que vos, los dichos Regidores, e algunos cavalleros principales de esa villa, dando consentimiento a ello, a veces arrendaron e arrendasteis las dichas dehesas, adelantadamente por cinco años. por cierta quantía de maravedises que os dan adelantados por mucho menos precio que las dichas dehesas valen" (en *Fueros y privilegios de la villa de Cáceres,* s. a., siglo XVIII). En otras ocasiones la segregación dentro del bloque de los bienes del común, de un grupo o variedad al que se da el carácter de propios en razón a que producen renta, es debido a la especialidad del fin a que se destina esa renta. Así, por ejemplo, en el Fuero de Madrid se detrae un prado del grupo del común, y se impone una renta a su aprovechamiento con destino a la reparación de las murallas (art. LXX). Cfr. la moderna edición del Ayuntamiento de Madrid, 1963.

(54) Por esta razón, es también muy difícil en ciertos momentos distinguir los bienes de propios de los comunales. En todo caso, aquéllos han de ser más modernos que éstos, puesto que constituyen una variedad degenerada. Como dice FAIRÉN GUILLÉN *(La alera foral,* 1951, pág. 61), la distinción entre unos y otros bienes "no siempre se dio, pues la excepción que los bienes de propios suponen al uso colectivo de la tierra, sólo apareció cuando los pueblos, sobrantes de terreno para su uso y aprovechamiento, decidieron obtener una mejor renta del exceso".

pertenecen a la *universitas* lo mismo al final de la Edad Media que unos siglos antes. Ahora bien, como ya hemos explicado antes con algún detenimiento, POR DEBAJO DE ESTE MANTENIMIENTO FORMAL DE LAS SITUACIONES, SE HA PRODUCIDO UN CAMBIO RADICAL: EN EL SIGLO XV SE ENTIENDE POR "UNIVERSITAS" A LA CIUDAD; ALGO, POR TANTO, MUY DIFERENTE DE LO QUE SE ENTENDÍA POR TAL EN EL SIGLO XII (COMMUNITAS CIVIUM). ES DECIR, QUE COMO CONSECUENCIA DE ESTE DESLIZAMIENTO CONCEPTUAL, AUN MANTENIENDO LAS MISMAS ETIQUETAS NOMINALES, SE HA ESCAMOTEADO LIMPIAMENTE A LA "COMMUNITAS CIVIUM" LA PROPIEDAD DE LOS BIENES COMUNALES (55).

El papel que jugaron en este proceso las nuevas técnicas jurídicas fue decisivo: La disposición sobre los campos comunes había correspondido siempre a la colectividad visible de los vecinos, quien en todo caso ejercía sus facultades valiéndose de una Asamblea constituída conforme a reglas de tiempo, lugar y forma y decidiendo por mayoría. DE AQUÍ QUE POR ANALOGÍA FORMAL SE TRANSPASARAN SUS COMPETENCIAS (O SE LA IDENTIFICASE) AL CONSEJO DE LA CIUDAD, CON OBJETO DE EVITAR UNA DUPLICIDAD DE ÓRGANOS. AHORA BIEN, UNA VEZ QUE EL CONSEJO SE AFIRMÓ COMO UN ÓRGANO DE LA CIUDAD Y NO COMO UN SIMPLE APODERADO DE LA COLECTIVIDAD BURGUESA, LA CONSECUENCIA LÓGICA FUE QUE HUBO QUE IMAGINAR TAMBIÉN A LA CIUDAD EN CUANTO TAL COMO SUJETO DE LAS FACULTADES POR ÉL DESARROLLADAS (56).

Este proceso es el ordinario en las ciudades, donde se consuma con cierta rapidez, a diferencia de las aldeas y lugares; pero incluso una transformación tan importante nunca logró imponerse en la práctica de un modo absoluto. Hasta nuestros días ha llegado la conciencia de la *communitas civium*, de que hay en ese tipo de propiedad municipal algo que le afecta a ella muy directamente, y siempre se ha re-

---

(55) La antigua propiedad común asociacional sobre la marca se convirtió en propiedad corporativa, como con exacto tecnicismo señala PLANITZ, en *Principios...*, cit., pág. 72.

(56) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., II, pág. 677.

conocido una intervención de los vecinos sobre las facultades de la persona moral.

Los juristas clásicos —aún desconociendo la veraadera esencia del fenómeno— obligados por evidentes imperativos éticos tuvieron, como tendremos ocasión de ver seguidamente, que admitir relajaciones al régimen dominical de los bienes comunales, especialmente en orden a la enajenación.

En la Edad Media, si el Consejo municipal consiguió apoderarse de las facultades de administración, al menos las de transmisión nunca le fueron concedidas (57). Lo cual no impediría, no obstante, que estos bienes, que constituyeron durante la Edad Media la forma ordinaria de la propiedad municipal (por así llamarla), terminaran siendo más escasos y hasta excepcionales.

D) Con frecuencia tenía una villa o comuna derechos de usos sobre bienes de un señor o de una abadía; lo mismo que en ocasiones éstos cedían sus bienes a una villa, pero reservándose derechos de usos (58). Sobre este tipo tendremos ocasión de ocuparnos con detalle más adelante.

Conclusión.

A estas alturas ya podemos resumir y extraer consecuencias de cuanto lleva diciéndose.

Hemos visto como en un primer momento histórico existe una clara y simple relación entre el común de vecinos y los bienes que el común posee. Por expresarlo gráficamente, común de vecinos = bienes del común.

---

(57) Cuando en 1166, Firmin, Alcalde de Amiens, transige con la Abadía de St. Jean sobre la propiedad de unos bienes comunales, lo hace después de haber recabado consejo y autorización de sus conciudadanos *(communicato cum civibus nostro consilio)*. En 1289, los habitantes de Cordon intentaron un proceso contra sus cónsules porque habían transigido indebidamente en un proceso referente a estos bienes (RIVIÈRE, *Histoire...*, cit., págs. 365-366).

(58) GLASSON, *Histoire du Droit...*, cit., pág. 263. Para España, véanse los numerosos ejemplos documentales que en otro lugar de esta obra se citan.

A partir del siglo XII esta sencilla ecuación se desequilibra desde el momento en que la técnica jurídica por exigencias de la teoría de la personalidad, provoca la formación de una persona jurídica nueva, el Municipio, que viene a sustituir al antiguo común de vecinos (que queda eliminado por carecer de personalidad). Ahora bien —y esto es esencial— la substitución no es completa, la esfera jurídica de la *universitas* municipal es menos amplia que el antiguo común de vecinos, puesto que no comprende a los propios vecinos, ya que se trata de una personalidad al margen de ellos. De esta manera, el primer miembro de la antigua ecuación se descompone de la forma siguiente:

común de vecinos = Municipio + vecinos.

Veamos ahora las transformaciones que sufre el segundo miembro de la ecuación, los antiguos bienes del común. Dejando a un lado la provocada por el afianzamiento de la técnica del dominio público, la gran novedad es la aparición de los bienes de propios, que surgen como una especialidad dentro de la masa de bienes municipales, que se caracteriza por estar afectada directamente a la *universitas*, al Municipio como persona jurídica, y que andando el tiempo, se considerará primordialmente como fuente de ingresos. Pero esta variedad no agota el repertorio de bienes, ya que siguen subsistiendo los antiguos bienes sobre los que los vecinos realizan sus aprovechamientos comunales, y que se denominaron bienes comunales. El desdoblamiento es, pues, el siguiente: bienes del común = bienes de propios + comunales + de dominio público.

Esto sentado, toca ya establecer las relaciones entre los nuevos miembros de la ecuación tal como han quedado desdoblados. Por lo que se refiere a los bienes de propios la ecuación es bien sencilla:

Municipio = bienes de propios

Pero por lo que se refiere a los bienes comunales la situación no es nada clara y la doctrina, como veremos en otro capítulo, ha adoptado soluciones muy diferentes. Para unos, los bienes comunales son bienes municipales, al igual que los propios, pero gravados con un derecho real a favor de los vecinos. Para otros, son bienes de los vecinos, de cuya gestión se encarga el Municipio, ya que los vecinos, al carecer de personalidad jurídica, no pueden actuar por cuenta propia. Nuestra tesis, que quedará desarrollada con detalle en otro lugar, es la de que media una titularidad compartida entre el Municipio y los vecinos. Ambos tienen derechos sobre los bienes comunales, ambos son causahabientes de un mismo desaparecido: el común de vecinos. Para determinar la naturaleza jurídica de los bienes comunales, no hay más que recomponer los antiguos elementos del común de vecinos, antes de que tuviera lugar el desdoblamiento señalado. El municipio sustituyó al común de vecinos en la propiedad de los bienes comunales, y los vecinos individualmente conservaron el derecho de aprovechamiento. Ahora los bienes comunales están formados por la concurrencia de dos derechos: el de propiedad del Municipio y el de aprovechamiento de los vecinos:

Municipio + vecinos = bienes comunales.

VI. DISOCIACION EXCEPCIONAL ENTRE LA UNIVERSITAS Y LOS BIENES COMUNALES

Frente a la evolución descrita en los epígrafes anteriores (imputación de los bienes comunales a la *universitas* política) que puede calificarse de normal, en determinados puntos de Europa, y en Suiza más que en ninguna otra parte, han tenido los bienes comunales un desarrollo muy distinto, que demuestra hasta qué punto fue circunstancial su integración en el patrimonio de la *universitas*.

El fenómeno a que aludimos consiste en una exención de los bienes comunales ante la absorción de la *universitas*, dicho con otras palabras, en la no imputación a la *universitas*, o disociación excepcional entre la *universitas* y los bienes comunales. Si el proceso ordinario en las ciudades fue, como ya queda descrito, que el común de vecinos se integró en la *universitas* y en consecuencia el patrimonio de aquél se integró también en el de ésta, la excepción consistió en que ni el primitivo común de vecinos —ni su patrimonio por tanto— se dejaron absorber por la *universitas*. Y como la aparición de ésta fue inevitable, el resultado es que coexistieron ambas instituciones: por un lado la *universitas* o Concejo o Municipio y, por otro, perfectamente diferenciado, un grupo de vecinos con su patrimonio colectivo propio. El instrumento técnico-jurídico empleado para lograr esta exención fue el conservar el carácter privado del grupo y de su patrimonio frente a la publificación esencial que caracterizaba a la nueva *universitas*, al Concejo.

Este proceso llegó a ser ordinario durante la Baja Edad Media en las aldeas y lugares, conservándose todavía con cierta generalidad en la Edad Moderna (59), pero en la actualidad —y salvo Suiza— es verdaderamente excepcional.

Las consecuencias prácticas de este desarrollo iban a ser muy graves: Supone la coexistencia de dos comunidades vecinales: una política, el Concejo, y otra privada, la asociación de vecinos, que conserva sus antiguos bienes comunales, milagrosamente "congelados" en su estado primitivo, sin haber seguido la evolución ordinaria. Esta dualidad, mientras materialmente coinciden sus componentes, no tiene especial significación, salvo quizá la diferencia de régimen jurídico a que se ven sometidos tanto el titular como los bienes (60).

Pero las consecuencias son mucho más graves cuando los

(59) Una descripción de esta evolución paralela de las ciudades, por un lado, y las aldeas y lugares, por otro, puede verse en GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, cit., págs. 585-589.

(60) Tal ha sido el caso de los llamados montes de mano común de los vecinos de Galicia, que serán estudiados más adelante.

componentes de uno y otro grupo son distintos. Los nuevos vecinos entran en el Concejo, pero no en la Asociación de vecinos-propietarios. Dicho con otras palabras: los nuevos vecinos gozan de todos los derechos políticos de vecindad, pero como en ellos no se encuentra el derecho a disfrutar de los bienes comunales, que es un derecho privado, no llegan a gozar de él. De esta manera aparecen dos clases de vecinos: los que pertenecen y los que no pertenecen a la agrupación privada vecinal, es decir, los que disfrutan y los que no disfrutan de los bienes comunales.

En España se inicia este proceso en la propia Edad Media, desde el momento en que se reconocen dentro de un mismo Concejo elementos de distinta naturaleza, lo que redundaba en una diferente condición jurídica de los mismos. GIBERT, por ejemplo, proporciona el siguiente esquema de posibilidades: a) El concejo está formado por la villa, con plenitud de derechos, y por las aldeas que dependen de ella; b) desde principios del siglo XIII, no antes, se dibuja una segunda distinción: la que media entre el interior de muros adentro, y el arrabal de la villa; c) tardiamente se ha añadido a la condición de residir en la villa, la exigencia de tener casa habitada; y d) dentro del Concejo tienen también una cierta personalidad las colaciones: hay colaciones de la villa y de la aldea, de la villa y del arrabal (61).

En las aldeas y lugares en que se sigue esta evolución disociativa, el proceso adoptó tres variedades: a) *Comunidad personal*. El carácter de socio o vecino es independiente de la propiedad y sólo se precisa un domicilio reconocido. Ahora bien, como este reconocimiento está condicionado por una vinculación sanguínea o por una admisión formal por parte del resto de los socios (y esto era prácticamente muy difícil), el resultado fue la formación de un reducido patriciado, con plenos derechos, junto a los que pudieran llamarse nuevos vecinos con personalidad capitidisminuida. b) *Comunidades reales*. El carácter de socio depende de la titularidad de una

(61) *Estudio histórico-crítico*, cit., pág. 410.

determinada propiedad; una labranza o una vivienda dentro de las murallas, por ejemplo. c) *Comunidades de usufructuarios.* El carácter de socio se abstrae de toda otra consideración, individualizándose a la manera de una acción en una sociedad, entrando, sin más, en el tráfico económico y jurídico (62).

Suele señalarse para estas figuras el ejemplo paradigmático de Suiza (63). Pero no sólo existen en Suiza. En España, aunque por causas diversas, conocemos también algunas variedades de bienes comunales no sujetas en principio al rémen público —y que no son, pues, propiedad del municipio— a las que dedicaremos un estudio especial en otro capítulo.

Aún hay más: sin perjuicio de estas formas, siempre queda, o puede quedar, en los bienes comunales que han seguido la evolución común, un recuerdo privatístico, que aparece constantemente en algunas legislaciones y que no tiene explicación dogmática posible si no se recuerda el origen primitivo de tales bienes, cuyas características nunca desaparecen del todo, prestando un sabor especial a los bienes comunales, que les hace distintos siempre de los demás bienes municipales, como hacíamos observar más arriba.

En España, tenemos una clara muestra en el n.º 4 del artículo 192 LRL, en el que como es sabido se establece una limitación del derecho a los aprovechamientos comunales, que no están al alcance de cualquier vecino, sino sólo a un grupo de ellos especialmente cualificado. A mi modo de ver, este artículo ataca en sus mismas raíces el dogma de la propiedad municipal de los bienes comunales o, por lo menos, pone de manifiesto su origen y la existencia de un estado anterior muy diferente, que va corriendo subterráneamente y que

---

(62) GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, cit., págs. 587-589. Cfr. También el estudio de esta evolución en MAURER, *Geschichte des Dorfverfassung in Deutschland*, I, 1865-1961, págs. 162-175.

(63) Cfr. los capítulos XIII (epígrafe III) y XV de esta obra.

aflora actualmente con autorización legal (64). Si el derecho no corresponde a todos los vecinos, es evidente que no depende de la condición vecinal, lo que significa una grave mutilación de las facultades dominicales del Municipio.

Aquí importa subrayar, además, provisionalmente, que esta limitación no viene impuesta por la ley, ni siquiera por la potestad reglamentaria de los entes, sino por las normas consuetudinarias.

VII. SUPERVIVENCIAS DE TITULARIDADES VECINALES EN LOS BIENES COMUNALES DE LA EDAD MODERNA

Páginas anteriores, en el epígrafe V de este mismo capítulo, hemos aludido ya al fenómeno de la supervivencia de la presión de los vecinos sobre unos bienes —los comunales— que al convertirse en municipales por su imputación a la *universitas*, habían dejado de pertenecerlos. En la actualidad el problema se resuelve dogmáticamente —como veremos en el capítulo VII— mediante una titularidad compartida, que corresponde al Municipio en cuanto a la propiedad y a los vecinos en cuanto a los aprovechamientos. Pero al salir de la Edad Media la situación jurídica distaba mucho de ser clara. El Concejo había suplantado al común de vecinos en la titularidad de los bienes y no existía una fórmula jurídica hábil para explicar los derechos de los vecinos. No obstante, el sentido de la justicia y el peso de la tradición siguieron haciendo jugar a los vecinos un importante papel en lo que a estos bienes se refiere.

A continuación vamos a examinar una serie de ejemplos (extraídos de antecedentes jurisprudenciales) que demues-

(64) Es el estado latente de que nos habla MENÉNDEZ PIDAL.

tran esta supervivencia vecinal que, contra toda lógica, y sin que llegue a encontrar un cauce jurídico dogmáticamente aceptable, sigue pesando de forma decisiva sobre los bienes comunales, hasta que el siglo XIX modifica en sus mismas raíces la doctrina y la situación real anterior.

— El 31.3.1442, Pedro Fernández vendió su participación en una dehesa al *Concejo y hombres buenos* de Cuenca (s. 25. 4.1874).

— El 22.5.1442 los *vecinos moradores y pecheros* de Pinilla y otros pueblos compraron ciertos bienes a la comunidad de Tierras de Segovia (s. 13.11.1871).

— El 5.5.1464 el Conde de Miranda y el Concejo, Justicia y Regimiento de la villa de Talavera la Vieja y su tierra otorgaron escritura pública por la que el Conde entregó a censo perpetuo una dehesa a *todos los que estaban avecindados en la villa de Alija y a los que después se avecindasen* (s. 10. 7.1872).

— El 18.4.1524 el Conde de Rivadavia concierta una escritura de censo, cuyo canon le ha de ser satisfecho por el *Concejo y vecinos* de Mucientes (s. 8.5.1872).

— El 29.1.1565 el señor de Fabara, por escritura de concordia, hace gracia y merced, da, otorga y concede a los juzgados, Concejo y Universidad, *vecinos y habitantes* de la villa de Fabara de ciertos derechos y usos (s. 7.7.1871).

— Por escritura pública de 19.2.1580 comisionados reales vendieron a censo perpetuo ciertos terrenos a los *vecinos y nuevos pobladores* de Quentar, y los comisionados, en consecuencia, traspasaron y cedieron la posesión al *Concejo y varios vecinos* de dicho pueblo (s. 30.10.1873).

— El 26.11.1634 el Condestable de Castilla entrega a censo perpetuo el dominio útil de ciertas fincas al *Concejo, vecinos y Regidores* de Quintanilla de Sotos Cuevas (s. 27.9.1870).

— El 3.12.1645 comisionados reales vendieron ciertos terrenos al Concejo, justicia y regimiento de Mazarrón en razón a que se había hecho valer el uso inmemorial y el *derecho de los vecinos* a los baldíos y yerbas propias de aquella villa (s. 13.4.1874).

— El 8.11.1780 celebraron una concordia los *vecinos* de Albentosa sobre el carboneo de un monte, conviniendo que el Ayuntamiento y Junta tendrían facultades para señalar el precio del carbón (s. 31.1.1871).

— El 12.7.1811 por el *Ayuntamiento y vecinos* de Mota del Marqués se otorga escritura de venta de un prado sobre el que el *vecindario* tenía la principal regalía en su uso y aprovechamiento (s. 24.12.1873).

La conclusión que se deduce de estos ejemplos (que podrían multiplicarse) es bien rotunda, por más que enturbie un tanto la elemental esquematización expuesta en los epígrafes anteriores: No obstante la formación del municipio como ente con personalidad pública que se arroga los derechos y obligaciones del común de vecinos (que carece de personalidad), éstos no abandonan por completo sus derechos cuando se trata de bienes que aprovechan comunalmente, y con frecuencia aparecen —si bien en una calidad jurídica no definida, que a veces es expresión de fórmulas tradicionales— junto a los órganos municipales. Lo cual no sucede respecto a los bienes de propios, íntegramente imputados a la *universitas*.

Con el transcurso del tiempo se iría debilitando cada vez más la posición de los vecinos, que no acertaron a encontrar una fórmula jurídica que justificase su intervención. En el siglo XIX la operación desamortizadora exigiría un afinamiento de las técnicas jurídicas, en las que ya no tendría cabida la imprecisa actuación de los vecinos. El concepto se depura hasta quedar renovado casi por completo: el problema de la titularidad pasa a un segundo término, al con-

siderarse indiferenciadamente a todos los comunales como "propios y comunes de los pueblos" (art. 1 de la ley de 1.5. 1855), y de esta masa indiferenciada se destacan los bienes comunales, no ya por su titularidad, sino por la circunstancia —puramente accidental y fáctica— de su aprovechamiento en común. El concepto moderno de los bienes comunales surge, pues, en el siglo XIX, y bien merece que se le dedique una capítulo especial.

CAPITULO SEXTO

LA FORMACION DE LOS BIENES COMUNALES EN EL SIGLO XIX

I.—Generalidades.

II.—Los bienes comunales en la legislación desamortizadora.

III.—Los bienes comunales en la legislación fiscal.

IV.—Los bienes comunales en la legislación municipal.

V.—Los bienes comunales en la jurisprudencia.

VI.—Los bienes comunales en la legislación de montes.

I. GENERALIDADES

Al comenzar el siglo XIX los bienes comunales o, si se quiere, los bienes de aprovechamiento común o vecinal, están constituidos en una gran parte por los baldíos comunes, tal como ya se ha estudiado; pero, junto a ellos, existen los que podrían denominarse bienes comunales en sentido estricto, de los que vamos a ocuparnos ahora para cerrar esta larga evolución que hemos venido siguiendo a lo largo de más de veinte siglos. En el siglo XIX se despierta una inusitada atención por los bienes comunales, y hay una pródiga actividad legislativa, jurisprudencial y administrativa, que consigue fijar el concepto en unos términos que todavía son actuales; por eso, el concepto *jurídico* hoy vigente de los bienes comunales es un producto de este siglo. Ahora bien, por lo que afecta a las leyes —y el fenómeno no es raro en España—, éstas no se preocupan de regular el problema de una manera general y sistemática, sino que cada ramo administrativo atiende los aspectos que directamente le interesan, desentendiéndose de los demás.

Concretamente, ésto es lo que sucede, primero con la desamortización. La ley básica de 1855, al declarar enajenables los bienes de los pueblos pero con la reserva o excepción de los que sean aprovechados comunalmente, se encuentra en la insoslayable necesidad de definir los bienes de aprovechamiento común —o comunales—, ya que a los que se reconozca este carácter se excluye de la desamortización, mientras que los demás han de ser inexorablemente enajenados. Y así surge una larga serie de normas legales de carácter desamortizador en torno a la fijación conceptual de los bienes comunales.

Al margen de ésto, hay un segundo sector legislativo que

también ha de afrontar el mismo tema. Nos referimos a la legislación fiscal y, además, desde muy diferentes puntos de vista: En la contribución territorial rústica, por estar exentos de ella los bienes de aprovechamiento común; en el llamado impuesto del 20 por 100 de propios, que grava solamente a estos bienes municipales (y no a los comunales); y el diez por ciento por aprovechamientos forestales, de cualquier clase que sean los montes. En estas circunstancias, es comprensible que la legislación fiscal hubiera de esforzarse en perfilar un concepto que había de manejarse a diario en la práctica.

Pero aún existe un tercer plano normativo más importante: la legislación municipal. Curiosamente, las grandes leyes locales del siglo XIX no dan una definición de bienes comunales; pero, por otro lado, regulan su régimen con aceptable detalle.

Si añadimos a estos tres campos el de la legislación forestal, podemos obtener una visión exacta del concepto que nos ocupa. Para mayor precisión, todos estos elementos aparecen unidos en una doctrina común, la jurisprudencial, que completa el cuadro, y a la que se dedica un epígrafe aparte.

Las primeras leyes del siglo no emplean una terminología uniforme:

El Decreto de las Cortes de Cádiz de 4 de enero de 1813 (estudiado con mayor detalle en el capítulo XV), establece un género —terrenos comunes— y, dentro de él, las siguientes especies:

— de propios y arbitrios, que son los que dan rendimientos anuales, y cuya propiedad se reconoce a los pueblos;

— baldíos o realengos, que son aprovechados por "comuneros" y dentro de los cuales se encuentran los ejidos. La mitad de la propiedad de estos bienes se imputa al Estado, puesto que se le asigna la mitad del importe del producto de su venta.

En la Real Cédula de 22.7.1819, se definen con toda precisión los bienes comunales: "entendiéndose que se han de comprender bajo el nombre de baldíos de aprovechamiento común de los pueblos los que éstos necesiten para sus ganados propios, y no forasteros, como no tengan comunidad de pastos; para sembrar, conservando la alternativa de año y vez, y no más; y para cortar maderas o leñas para sus usos, y no para negociarlos".

II. LOS BIENES COMUNALES EN LA LEGISLACION DESAMORTIZADORA

La Ley desamortizadora de 1.5.1855 (1) habla de predios pertenecientes a propios y comunes de los pueblos, considerando como una especie de los mismos a los de aprovechamiento común, es decir a los bienes comunales.

---

(1) Como es sabido, la ley de 1855 no significa más que la culminación o, mejor aún, agudización de una tendencia desamortizadora que puede considerarse milenaria, puesto que en todo momento ha latido en la conciencia jurídica y en la legislación de nuestra patria. La amortización ha sido un peligro constante, siempre combatido y siempre renovado, para la economía española. Ahora bien, por lo que se refiere a nuestro tema, el texto fundamental es el de 1855, puesto que es el que perfila el concepto moderno de los bienes comunales. Durante toda la Edad Media, y lo mismo en la Moderna, pueden encontrarse intentos desamortizadores que, por regla general, adoptan la forma negativa de prohibición de ventas a las manos muertas. En el siglo XVIII se procede ya a enajenaciones forzosas, si bien en cuantía mínima. Y por lo que se refiere al siglo XIX, a los antecedentes directos de la ley de 1855, reproducimos —por lo significativo de su estilo— los párrafos correspondientes del Informe de la Comisión de Cortes: "Las (Cortes) de Cádiz, de eterna y fausta memoria, con la intuición profunda que poseían de todo lo grande y patriótico, dieron por el pie (sic) a los señoríos en 6 de agosto de 1811; y las de la segunda época constitucional, dignas sucesoras de aquéllas, decretaron la desamortización de los bienes del clero regular y de los jesuitas en 17.8 y 1.10.1820, suprimiendo los mayorazgos y vinculaciones en 27.9 del mismo año. En las reacciones absolutistas de 1814 y 1823, claro está que habían de anularse, y se anularon de hecho, las leyes de las Cortes: mas también al renacer en España el régimen representativo, reprodujéronse como era justo, natural y lógico. Así, en 30.8.1836, restablecióse lo dispuesto en 1820 y 1823

Dos cuestiones muy diferentes surgieron a este propósito: la de distinguir entre bienes propios y bienes comunes, y la de distinguir entre bienes propios y bienes de aprovechamiento común.

A) La primera cuestión no es muy grave, puesto que ambas clases de bienes habían de tener un régimen jurídico idéntico. El concepto de bienes de propios sigue siendo claro: bienes que producen renta. La dificultad está en precisar el concepto de los bienes comunes. Por lo pronto, debe descartarse su identificación con bienes comunales o de aprovechamiento vecinal, pese a su similitud fonética, ya que su régimen es completamente distinto y, además, éstos constituyen una variedad excepcional dentro de aquéllos (2). Para

---

con respecto a los señoríos, mayorazgos y bienes del clero regular; estendiéndose la desamortización en 2.9 de 1841 al clero regular. Los sucesos políticos de 1843 paralizaron por lo menos los efectos saludables de tales medidas; el afán exagerado de conciliarse la benevolencia de la corte de Roma, y la natural tendencia de los partidos conservadores a respetar lo existente y apoyarse en lo pasado produjeron lo que siempre producen: primero, el estacionamiento y la resistencia; más tarde, el retroceso. Fuera de los decretos de 11. 6.1847 mandando proceder a la venta de todos los bienes de maestrazgos y encomiendas; de 23 de septiembre, alzando la suspensión de la de los bienes de hermandades, santuarios y cofradías; y de 25 del mismo, en que se ordenó la enajenación de los propios (decretos todos cuyos efectos se suspendieron, o más bien se anularon, en octubre de aquel año), la reacción caminó con pasos más o menos decididos o declarados, pero siempre a su objeto, hasta devolver al clero los bienes no vendidos".

(2) Cfr., sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 17.12.1904: "Todos los bienes de los pueblos pueden y deben agruparse en tres clases: bienes de propios, que son aquellos que, perteneciendo al pueblo, dan algún fruto o renta en beneficio del producto común, beneficio o producto que ingresa en las arcas municipales y figura en los presupuestos; pero de que nadie, en particular ningún vecino, aisladamente, puede usar; otra clase de bienes, *comunes o de común aprovechamiento, de los cuales cada vecino* de por sí puede usar o aprovecharse gratuita y libremente, cuyos productos o rentas nunca entran, por consiguiente, en el Tesoro municipal, hasta el punto de que si se utilizan de modo que produzcan renta o recurso aplicable a los gastos municipales, pierden su condición de comunes para caer en la de propios; y una tercera clase que consiste en los bienes que aun pertenecientes a los pueblos, no sólo los pueden usar todos y cada uno de los vecinos, sino la generalidad de las personas, que no producen fruto, ni propiamente pueden producir ningún fruto o renta, aquellos, en una palabra, que son de uso público".

MANRESA (3), bienes comunes son los de dominio público. Pero esta opinión no nos parece acertada. MANRESA, en 1893, olvida que en 1855 aun no se ha fijado en España el concepto de dominio público, y mal podía el texto desamortizador pensar en él. Pero, sobre todo, esta interpretación es inadmisible porque, a la vista del Código civil —tal como hace este autor—, tanto los bienes de dominio público del artículo 339, como los de uso público de los pueblos del artículo 344, son prácticamente inalienables, al no ser susceptibles de aprovechamiento individual, mientras que la ley de 1855 dispone precisamente su enajenación.

A mi entender, la condición de bienes comunes de los pueblos hace referencia a la titularidad: bienes que pertenecen al común de los pueblos , como se repite en la terminología de la época. Creo que puede considerarse la acepción "propios y comunes de los pueblos" como una cláusula de estilo. La jurisprudencia moderna, sin embargo, insiste en la identificación entre bienes comunes y bienes de común aprovechamiento (4), pero entendiendo por tales no a los de apro-

---

(3) *Comentarios al Código civil,* t. III, art. 344, pág. 96. Por lo demás, este autor desconoce la doctrina jurisprudencial sentada en contrario, que se cita en otro lugar.

Como es sabido, el Código civil no cita a los bienes comunales en la clasificación que hace de los bienes municipales. Interpretando el artículo 344, resume FERNÁNDEZ DE VELASCO: La disyuntiva es, pues, que los bienes comunales de los pueblos o son de uso público o son patrimoniales; y como no se encuentran incluidos en la enumeración de uso público, hay que entender que son patrimoniales ("Sobre la naturaleza jurídica de los bienes comunales", en *Revista de Derecho Privado,* 1928, págs. 66 y sigs.). Véase también del mismo autor, "Sobre la incorporación al Código civil español de la noción de dominio público", en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid,* número homenaje a GASCÓN Y MARÍN, 1942, págs. 113 y sigs. En el capítulo VIII queda fijada nuestra posición respecto de la referencia que hace el Código civil de los bienes comunales, que no hay que buscar en los artículos que se citan en el texto, sino en los 550 y 601.

(4) Cfr. la sentencia del 3.3.1934, que se transcribe a continuación, y en la que, por cierto, se establece una clasificación bimembre frente a la de la sentencia de 17.12.1904:

"Los bienes municipales, dentro de la técnica jurídica establecida para su calificación por la antigua legislación, la específica de desamortización, la fiscal y la fundamental estatuida por el Código civil en sus artículos 343 y 344, no pueden conceptuarse a todos los efec-

vechamiento vecinal (o bienes comunales en sentido propio), sino a los de aprovechamiento general (de todos los hombres).

B) El problema fundamental había de ser el distinguir los bienes propios de los bienes de aprovechamiento común (vecinal), ya que las consecuencias prácticas de esta distinción eran gravísimas, pues se ordenaba la desamortización de los bienes de propios y comunes y se exceptuaba de ella a los de aprovechamiento común.

La discusión, que todavía se arrastra al cabo de más de cien años, se inició ya en los debates parlamentarios en torno al artículo segundo del proyecto, de los que consideramos de gran interés recordar algunos fragmentos, cuya doctrina puede seguir teniendo vigencia (5).

Sr. MOYANO: Decía el proyecto en su origen: se venden los bienes de propios; y desvia una escepción del segundo artículo: se esceptúan los bienes de aprovechamiento común. Esto lo comprendía yo perfectamente; comprendía que se vendieran y declarasen desamortizados los biens de propios, del patrimonio de los pueblos, que a pesar de ser propios, son de aprovechamiento común, si no todo el

---

tos más que en dos clases, que integran dos grupos perfectamente definidos y distintos: *bienes comunes* y bienes propios o patrimoniales:los primeros pertenecen a la comunidad, y son de *uso público general y común aprovechamiento gratuito;* y los segundos, los que pertenecen y posee la entidad y no se hallan destinados al aprovechamiento de todos los vecinos y común disfrute, sino que, produciendo renta o siendo susceptibles de producirla, el Ayuntamiento aplica o puede aplicar a sus necesidades y servir de ingresos o recursos al presupuesto municipal para cubrir atenciones del mismo.

Atendiendo dicha clasificación, no es posible ni lícito, para definir el concepto que se ha de atribuir a una propiedad municipal, hacer otra clasificación en la que hubiera, para llegar a lo que en la demanda se pretende, que subdividir los bienes patrimoniales de los municipios en bienes propios y "de propios" esencialmente tales, reputando de esta especial clase aquellos que entraron en el patrimonio municipal por donaciones y cesiones hechas por los antiguos monarcas a los pueblos, derecho del que se quiere inferir con relación a ellos el condominio del Estado, y a los que el actor pretende restringir el derecho al percibo del veinte por ciento, cuando se enajenan, lo que seria no sólo arbitrario, sino opuesto a la clasificación hecha por las leyes, y llevaría a distinguir donde la ley no distingue."

(5) Los fragmentos siguientes están tomados de REUS Y GARCÍA, *Manual de desamortización civil y eclesiástica,* 1862, págs. 80 y sigs.

año, parte de él, me decia yo a mi mismo; sin duda hace referencia la excepción a esa clase de bienes, y está en su lugar. Pero luego se ha variado la redacción y se ha puesto en el primer artículo la palabra *comunes,* y en la escepción la de *aprovechamiento* común y aquí principia mi dificultad, pues, o está demás la regla, o lo está la escepción.

¿Qué son bienes comunes? Aquellos cuya propiedad pertenece a todo un municipio, y su uso a ninguno de ellos, sino que se arriendan, y con sus frutos se atiende a las cargas concejiles. Pues bien: si bienes comunes son aquellos de que puede usar cada uno, son aquéllos los de aprovechamiento común, o está mal la regla que dice que se venderán los bienes comunes, o está demás la escepción cuando se decía que se exceptúan los de aprovechamiento común. En suma, *bienes comunes y de aprovechamiento común son dos cosas sinónimas.*

Bienes comunes los tienen todos los pueblos; puede asegurarse sin riesgo de equivocarse, que todos. Bienes de propios, hay algunos que no los tienen; pero bienes comunes ¿qué pueblo no los tiene?, ¿qué pueblo no tiene un área cualquiera, una pradera donde las lavanderas tienden su ropa cuando lavan, donde tienen un cacho de egido?

Sr. MADOZ (Ministro de Hacienda): Los bienes de propios es necesario encontrarlos después de los de aprovechamiento común. Los bienes comunes; los bienes llamados del patrimonio común son los que han venido disfrutando los municipios desde que se han conocido, desde que se constituyó la sociedad... Y esos bienes, que a la manera en que entonces estaba constituida la sociedad, se concedían a los pueblos para el disfrute en comunidad, llevaban consigo el aprovechamiento de las aguas, de las fuentes, de los ríos, de las veredas, de los abrevaderos y demás usos y servidumbres, consistían en terrenos, yervas y otros usos y derechos, todos de común aprovechamiento, todos disfrutados en común.

Este es el origen de los terrenos comunes: dentro de ellos encontraremos los de propios. Es decir, que los comunes nada redituaban al común, sino que eran aprovechados por todos los individuos de la comunidad bajo las reglas que en general regían o las establecidas en la localidad. Pero como quiera que a medida que los pueblos se iban civilizando tenían necesidades que debían satisfacer y llenar, de ahí nació el que se arrendasen dehesas y que se obtuviesen permisos de Reyes y del Supremo Consejo de Castilla para repartimiento de terrenos bajo un canon, pasándolos así al disfrute privado, a fin de que con sus productos se sostuviesen las cargas de la misma comunidad, y que hoy se llaman municipales; por manera que las atenciones del municipio se cubrían con el producto, con la renta de una parte o de todos esos bienes. Es decir, que los bienes de esa misma Comunidad que se destinaban por disposiciones superiores en unos casos, o por

acuerdo de los mismos concejos en otros, a sostener con sus productos las necesidades municipales, estos son los bienes de propios.

Sr. MANSI: Deseo que la Comisión me diga hoy que entiende por bienes de aprovechamiento común. Para mí no hay duda: bienes de aprovechamiento común son los bienes comunes.

Sr. MASADAS: El Sr. Mansi padece una equivocación, pues confunde los bienes comunes con los de aprovechamiento común. Ya el Sr. González de la Vega ha expuesto que podía decirse que los bienes de propios están dentro de los comunes; que hay comunes que pertenecen a propios; que *se denominan comunes y no son de aprovechamiento común*... Que los bienes comunes no pagan el 20 por 100, y por eso deben calificarse de aprovechamiento común. Hay bienes comunes que no pagan, y no son de aprovechamiento común, y están comprendidos en la ley de venta, y si no están comprendidos en esta deducción, es efecto de haber habido ocultación; es causa de haberse seguido una administración viciosa desconociendo su origen.

En este punto deben recordarse algunas normas complementarias. Así la Instrucción de 31.5.1855:

> Art. 53. Si se suscitare duda o reclamación por parte de los legítimos interesados, sobre que se considere como de común una finca comprendida en la clase de propios, será objeto de un expediente que instruirá (el Comisionado Principal) con todos los antecedentes que puedan aclarar su verdadera naturaleza, circunstancias del predio, época u origen de su posesión, y en virtud de qué título. Este expediente contendrá el informe del Ayuntamiento, manifestando si se aprovecha de veinte años acá por el común de vecinos.

Ley de 11.7.1856, reformando la de 1.5.1855:

> Artículo 1. Se exceptúan de la venta... la dehesa destinada o que se destine de entre los demás bienes del pueblo al pasto de ganados de labor de la misma población, caso de no tenerla exceptuada en virtud del artículo 2 de la Ley de primero de mayo.

Esto sentado, aparentemente el criterio de distinción es bien sencillo, puramente fiscal: *son bienes de propios los que están arbitrados y constituyen una fuente de ingresos para el Municipio, y de aprovechamiento comunal los demás.* Más adelante se irán precisando estos conceptos; pero ya desde

un principio interesa señalar que para la legislación desamortizadora no existen bienes comunales o de propios por su propia naturaleza u origen, sino que hay bienes municipales *in genere* que pueden ser aprovechados comunalmente o pueden ser fuente de ingresos para el Municipio. Con toda exactitud declara expresamente la sentencia de 26 de noviembre de 1865 que *la Ley de 1855 no exceptúa de la venta los bienes de aprovechamiento común, atendiendo a su origen, sino aquellos que se aprovechen en común al tiempo de su promulgación.*

Esta interesante resolución nos pone sobre la pista de algo muy importante, a saber, que el verdadero criterio no es el fiscal, sino que éste es una simple consecuencia de otro aún más sencillo, puramente fáctico (6): *el hecho* del aprovecha-

---

(6) La jurisprudencia ha hecho en ocasiones especial hincapié en esta situación de hecho caracterizadora, en definitiva, de la naturaleza comunal de los bienes. Cfr. la sentencia del 18.6.1920:

"Considerando que el acuerdo de repartir en fajas iguales el monte de Deva entre todos los vecinos del pueblo de este nombre, se tomó por el Ayuntamiento de Gijón, a instancia de algunos de éstos, tuvo por objeto evitar abusos que, al parecer, venian cometiéndose en su explotación mancomunada, sobrevino después de resultar estéril la gestión hecha por el alcalde para que aviniéndose el vecindario se dividiera de mutuo acuerdo en lotes, y se acudió, en cuanto a la facultad para adoptar tal medida y a la forma de ejecutarla, al precepto que confiere a los Ayuntamientos la atribución de arreglar para cada año el modo de división, aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales del pueblo.

Considerando que a la eficacia de tal acuerdo municipal no puede oponerse el hecho de que aún no se halle declarado por la Administración la condición de bien comunal que ha de reunir el monte para tenerle por exceptuado de la desamortización, porque, sin perjuicio de las determinaciones que sobre tan interesante extremo tome el Gobierno, al cual privativamente incumbe hacerlas, y de los recursos que contra ellas pueda utilizar en su caso la referida Corporación municipal, se ofrece hoy ante la Sala, en méritos a la resultancia de autos, *un estado de hecho* que no puede desconocerse, y que a los fines del pleito tiene perentoriamente que respetar.

Considerando que este *estado de hecho* consiste en que sin contradicción alguna por parte del Estado viene el pueblo de X disfrutando individualmente desde tiempo inmemorial el monte, y por estimarlo de aprovechamiento común ha solicitado de la Administración, a partir del año 1864, la declaración de serlo y la consiguiente excepción de la desamortización, sin que, a pesar de esa solicitud y de la que para acogerse a los buenos oficios de la Ley de 8 de mayo de 1888 y su instrucción de igual año, y reiteró en 14 de febrero de

miento comunal gratuito. Si la desamortización se refiere a la circunstancia de que los bienes se encuentren arbitrados (es decir, cuyo aprovechamiento está sujeto al pago de una renta), este arbitrio depende a su vez de un dato previo: el no aprovechamiento comunal (o aprovechamiento libre de los vecinos). Más adelante tendremos ocasión de comprobar esta afirmación en una abundante jurisprudencia, que distingue con toda claridad entre arbitrio y aprovechamiento comunal, para reconducir, en última instancia, la desamortización a lo que no se aprovecha comunalmente. Criterio justísimo, apoyado además por la propia ley básica de 1855, que fue defendido lúcida y tenazmente por la jurisprudencia frente a una extendida y confusa práctica administrativa que se refería interesadamente al simple criterio de la arbitración.'

Sin perjuicio de la anterior afirmación, y adelantando lo que en los epígrafes siguientes se desarrollará con detalle, el concepto técnico del aprovechamiento común fue perfilado por el Tribunal Supremo, que tuvo numerosas ocasiones de desarrollar las normas legales sobre la materia. La doctrina afirmada a este respecto es que "es condición indispensable para exceptuar de la desamortización los terrenos de aprovechamiento común el que se acredite que este *aprovechamiento ha sido libre y gratuito para todos los vecinos en los veinte años anteriores a la Ley de 1855*, y hasta el día de la petición sin interrupción alguna, tal como exige expresamente el artículo 4.° del R. D. de 10.7.1865" (Ss. 28.2.1868; 4.3.1868; 23.4, 26.6 y 14.12.1869; 19.2, 7.4 y 12.5.1870; 11 y 31.1, 3.3, 7.6 y 30.9.1871; 14.6.1872; 6.5, 5.6 y 30.10.1873; 13.4 y 30.6.1874; R. D. 20.9.1875).

A sensu contrario se ha reafirmado este criterio, al negarse a los Ayuntamientos facultades para interrumpir estos aprovechamientos comunales gratuitos mediante una venta o

---

1898, haya recaído ningún acuerdo; en cuya virtud, con las salvedades referidas antes, es preciso para el Tribunal aceptar *tal situación, como incontrovertida de hecho, que por ahora origina en cuanto al monte el concepto de bien comunal...*".

arrendamiento. Así la R. O. de 30 de noviembre de 1875 prohibe establecer un arbitrio, por cabezas de ganado, sobre pastos de aprovechamiento común:

> "1.º, porque no recae sobre obras o servicios costeados con fondos municipales; 2.º, porque siendo de aprovechamiento común, pueden disfrutarlos indistintamente todos los vecinos, y no los ganaderos simplemente, por lo cual el aprovechamiento no es de una clase determinada, y 3.º, porque de imponerse un arbitrio, pierden el carácter de comunales y quedan sujetos a la desamortización".

La sentencia de 24.2.1911 —notable además porque defiende la tesis de que los bienes comunales pertenecen a los vecinos— recuerda que no pueden ser arrendados:

> "porque lo que caracteriza a los bienes comunales es que su aprovechamiento sea libre y gratuito entre todos los vecinos de los pueblos cuyo es el dominio, y perderían ese carácter si fuesen susceptibles de arrendamiento, ingresando el importe del mismo en las arcas municipales, y porque las facultades de administración que a los Ayuntamientos otorga su ley orgánica, no les faculta para dar en arrendamiento bienes comunales que, por serlo, son de todos y cada uno de los vecinos, quedando privados de su goce por el arriendo".

Y tampoco pueden venderse —dice la R. O. de 28.10.1880— "porque desde el momento en que se pretendiera la venta, perderían los bienes el carácter de comunes, por no ser ya necesarios al Municipio".

La jurisprudencia moderna ha tenido ocasión de insistir sobre este criterio. La sentencia de 26.6.1943 afirma la existencia de un aprovechamiento comunal:

> "sin que se altere su naturaleza por el hecho de que el Ayuntamiento recaude de los vecinos una pequeña cuota por cabeza de ganado para cubrir el cupo que se entrega al propietario, pues ello no supone ingreso ni renta a favor del Municipio, sino simplemente un canon de reconocimiento del derecho dominical, cuya cesión permite que todos los vecinos disfruten con sus ganados de los pastos del prado".

Como ya se ha aludido más arriba, la desamortización forzosa se determinaba no en relación a la naturaleza de los bienes, sino a la simple presunción deducida de un dato fiscal: la arbitración. De esta manera quedaba en manos de los Ayuntamientos el decidir si un bien iba a ser o no enajenado —es decir, si era de aprovechamiento comunal o de propios— mediante la simple imposición de arbitrios, lo que no iba acompañado de garantías que guardasen proporción con la enormidad de sus consecuencias. En todo caso, la incomprensión de las leyes debió ser gravísima en la realidad y casi nunca llegó a captarse por los pueblos esta distinción entre comunales y propios —entre comunales y arbitrados— no obstante lo rotundo de la jurisprudencia y la claridad de las Leyes y Reglamentos. Para los pueblos todo esto eran sutilezas intranscendentes: el patrimonio municipal, dentro de su variedad, era único, como habían entendido los clásicos y como venía aplicándose por tradición: lo que hoy se aprovechaba comunal y gratuitamente, mañana se arrendaba a extraños o a los mismos vecinos (mediante un arbitrio) según fuera la situación de la Caja Municipal, y los decretos de las Cortes sólo afectaban a unos cuantos letrados y a los burócratas centrales. ¡Las "generaciones futuras" habrían de pagar las consecuencias de esta falta recíproca de comprensión entre el legislador y los pueblos!

Una Circular de 4 de agosto de 1860 (sobre "como se han de instruir los expedientes de excepción de fincas") nos ilustra sobre el estado de confusión que persistía y sobre los honrados esfuerzos de la Administración central para dar fin al mismo.

"No obstante de ser diferentes los usos y aplicaciones de los predios que han de exceptuarse en ambos casos (en concepto de aprovechamiento común y de dehesas boyales), así como las consideraciones, leyes e instrucciones que han de tenerse en cuenta para resolver estas reclamaciones, los Ayuntamientos y Oficinas provinciales, no sólo los confunden, aplicando a los

expedientes de aprovechamiento común los concernientes a dehesas boyales y viceversa, sino que la generalidad les aduce indistintamente, aunque la solicitud no se refiera más que a un solo concepto. No pocas veces se acumulan peticiones de terrenos para aprovechamiento común y dehesas boyales, y la documentación que se acompaña, únicamente se contrae a un concepto.

Deberá consignarse en los expedientes de excepción para aprovechamiento común:

2. La verdadera naturaleza del predio cuya venta se pretenda, sus circunstancias, época u origen de su posesión por el común de vecinos, y testimonio del título en virtud del cual se hallan poseyéndolo.

3. Si además de los terrenos cuya excepción se pretenda, tiene el pueblo otros, ya sean de propios aún no enajenados ya se aprovechen mancomunadamente, en su término o en el de cualquier pueblo limítrofe.

4. Un certificado expedido por el Secretario del Gobierno de la provincia, en que se haga constar con referencia a las cuentas municipales del respectivo pueblo, si los terrenos cuya excepción se solicita, han sido arrendados o arbitrados desde 1835 a 1855, y pagado el veinte por ciento de propios.

Constará en el expediente de excepción para dehesas boyales:

4. Las circunstancias de los terrenos que se soliciten, con expresión de si corresponden a los propios o a los comunes, y el destino que hasta ahora han tenido.

En la misma idea insiste el R. D. de 10-7-1865 cuyo artículo 4 determina que:

Serán condiciones indispensables para conceder la excepción por ser terrenos de aprovechamiento común:

1.) Que el Ayuntamiento reclamante acredite la propiedad que tenga el pueblo en el terreno solicitado (7).

(7) Procedimentalmente, insiste toda la legislación desamortizadora en que sólo el Ayuntamiento tiene personalidad para solicitar las excepciones de enajenación de los montes comunales. Lo cual significa que no pueden hacerlo ni los particulares ni las Juntas administrativas, ni siquiera el propio Estado. La razón sustantiva de

2.) Que acredite que el aprovechamiento de los terrenos ha sido libre y gratuito para todos los vecinos en los veinte años anteriores a la Ley de 1 de mayo de 1855, y hasta él dia de la petición sin interrupción alguna.

3.) En las dehesas boyales se acreditará, además, que producen pastos para el ganado de labor, y que toda la dehesa o la parte de ella que se reclama, es necesaria atendido el número de cabezas destinadas en el pueblo a la agricultura.

III. LOS BIENES COMUNALES EN LA LEGISLACION FISCAL

A) Contribución territorial.

No sólo fueron las leyes desamortizadoras las que se ocuparon de delimitar el concepto de los bienes comunales; también tuvieron éstos relevancia en la legislación fiscal, ya que durante mucho tiempo han estado exentos de la contribución territorial, lo que obligó a una intensa actividad administrativa y jurisdiccional en orden a precisar cuales eran los bienes que gozaban efectivamente de dicha exención.

La primera referencia tributaria concreta en una ley ge-

---

esto último nos la da la R. O. de 17.8.1888, en la que la declaración de que "el Estado carece de personalidad para deducir acción reivindicatoria, en su nombre, en asuntos referentes a bienes comunales" se argumenta en que "naciendo la acción reivindicatoria del dominio, sólo puede ejercitarse por los que se hallan en posesión de este derecho: es un hecho fuera de toda duda que las leyes desamortizadoras no transfirieron al Estado propiedad alguna, sino que sólo cambiaron el modo de ser de ella, sin privar a los pueblos del dominio que sobre sus bienes tenían. Bien es verdad que se reservó a la Hacienda el derecho de percibir el veinte por ciento de sus ventas y el diez de sus aprovechamientos; pero ni esta facultad ni la de la suprema inspección que se reconoce al Estado sobre los montes públicos, le autorizan para ejercer acciones que sólo corresponden a los propietarios, habiéndolo reconocido y sancionado así el Tribunal Supremo, que en varias sentencias ha declarado de un modo terminante que el Estado carece de personalidad para ejercitar la acción reivindicatoria en las cuestiones referentes a bienes de propios".

neral aparece, como no podía ser menos, en la célebre ley Mon de 23 de mayo de 1845, en la que se determina:

> "Art. 2.° Se consideran *bienes inmuebles* sujetos a esta contribución...
>
> Art. 3.° Disfrutarán de exención absoluta y permanente: 3. *Los edificios* destinados a hospicios... 4. *Los* de propiedad común de los pueblos siempre que no produzcan, o comparativamente con otros de la misma o semejante especie no puedan producir, una renta en favor de la comunidad de los pueblos. 6. *Los terrenos* que también sean de propiedad del Estado o de la comunidad de los pueblos, y se hallen destinados a la enseñanza pública de la agricultura o ensayos de agricultura por cuenta del Estado o de los mismos pueblos".

La interpretación del núm. 4 de este artículo 3.° no era nada fácil: teniendo en cuenta que la frase no venía encabezada por un substantivo, sino por un pronombre *(los)*, cabía la duda de si el antecedente habían de ser los "bienes inmuebles" del artículo 2.°, o los "edificios" del núm. 3 del mismo artículo. Una circular del 7.2.1846 interpretó la duda en beneficio de la Hacienda:

> "Esto se entiende con los edificios: pues en cuanto a los terrenos o propiedad rústica, el mismo artículo 2.° los comprende y sujeta a esta contribución como a las demás riquezas de esta clase; y para gozar de exención necesitan llenar la condición que impone el párrafo 6.° del artículo 3.°"

Si nos hemos detenido en esta antigua legislación, es para poner de relieve cómo en esta fecha es claro que no pueden identificarse bienes comunales con bienes comunes, tal como haría la jurisprudencia posterior. El núm. 4 habla de edificios de propiedad común de los pueblos, refiriéndose, por tanto, a bienes de uso público, o si se quiere de dominio público, ya que están excluidos los de propios (en cuanto no han de producir renta) y los comunales propiamente dichos (en cuanto es difícil imaginar su existencia en tales condiciones). Por otra parte, del núm. 6 se deduce la misma conclusión ya que, aún perteneciendo a la "comunidad de los pueblos", están dedicados "a la enseñanza pública de la

agricultura botánica", lo que aleja toda idea de aprovechamiento comunal.

Dejando ya este punto, la segunda referencia se encuentra en el Reglamento Provisional para la administración, investigación y cobranza de la contribución sobre los edificios y solares, de 24 de enero de 1894, en cuyo artículo segundo se declaraba "exentos absoluta y perpetuamente" de contribución:

> Los edificios de propiedad común de los pueblos, siempre que no produzcan renta en favor de la comunidad de los mismos pueblos (8).

La interpretación de este precepto provocó la R. O. del Ministerio de Hacienda de 3.7.1895. Se trataba de determinar si unos edificios de la ciudad de Huelva destinados a matadero, pescadería y plaza de abastos, habían de ser incluidos en la exención. La R. O. sostiene la negativa, sentando la siguiente doctrina, que, advierte expresamente, "por tratarse de la interpretación de un precepto reglamentario, esta interpretación envuelve una resolución de carácter general":

> ... los edificios destinados a mercado, pescadería y plazas de abastos no pueden considerarse bienes comunales (*sic*) de los pueblos, sino patrimonio de los mismos, según el párrafo 2.º del artículo 344 del Código Civil, por no ser enumerados como de uso público en el párrafo primero del mismo artículo, ni ser su disfrute del vecindario en común y gratuitamente, desde el momento en que los servicios que en los mismos se efectúan se sujetan a arbitrios determinados que se subastan y adjudican a persona determinada en público remate.

De conformidad con esta doctrina —en la que se funden preceptos fiscales con el Código civil, se identifican "edificios propiedad común de los pueblos" con "bienes comunales" (lo cual es incorrecto y arbitrario, pero muy significativo por

---

(8) Obsérvese cómo se reitera el criterio anterior sin llegar a personificarse esa "comunidad del pueblo", no obstante la aparición de leyes desamortizadoras y del Código civil. Aquí no se habla de Ayuntamiento, y ni siquiera de Municipio.

cuanto expresa una mentalidad jurídica muy generalizada)— hay ya tres tipos de bienes municipales (que son los que recoge, con toda lógica, la citada sentencia de 17.12.1904):

— los patrimoniales

— los comunales (9)

— los de uso público.

Bajo el imperio de estas normas y para asuntos similares se dictaron, en cuanto nos es conocido, las sentencias de 31.5.1905, 26.10.1911 y 27.10.1911, la segunda de las cuales hace las siguientes declaraciones:

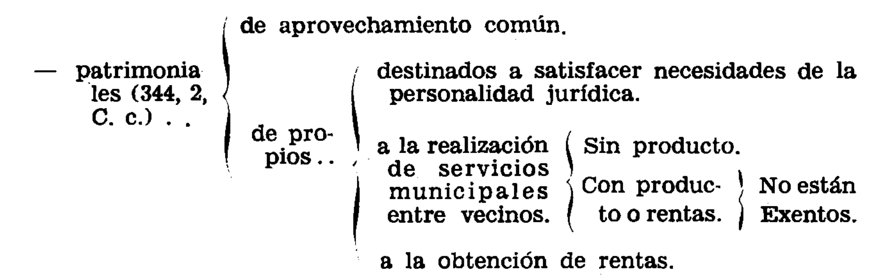
> Que el carácter de los bienes comunales, patrimoniales de los pueblos, distintos de los de uso público, lo determina el aprovechamiento en común, individual y gratuito por todos los vecinos del pueblo en los montes, dehesas boyales y demás bienes susceptibles de utilización en el propio concepto y respecto a los que corresponde al Ayuntamiento, según el artículo 75 de la ley Municipal, arreglar el modo de división, aprovechamiento y disfrute.
>
> Que los demás bienes también patrimoniales del Municipio llamados de propios, se caracterizan o por estar destinados a satisfacer necesidades de la personalidad jurídica o a la realización de servicios municipales, sin que la utilización del inmueble o edificio se traduzca en rendimiento, producto o recurso aplicable a gastos concejiles, o porque no obstante el repetido destino, y a causa de efectuarse el aprovechamiento, no por el orden de vecinos, sino por personas o clases determinadas, se obtenga de tales bienes de propios los expresados recursos o rendimientos que constituyen fuente de ingresos para el presupuesto de la Corporación, o porque sean de los que sin responder a necesidades de éste ni de los individuos que forman la colectividad, son poseídos por los pueblos a fin de utilizar las rentas que producen para nutrir los expresados ingresos.
>
> Que las mencionadas disposiciones ... revelan de una manera clara el propósito de eximir de contribuciones territoria-

(9) Recuérdese que en la legislación vigente los comunales son patrimoniales, aunque bien es verdad que lo que la R. O. de 1895 llama patrimoniales son los bienes de propios actuales.

les, además de los bienes municipales de uso público, los patrimoniales de aprovechamiento común, y entre los bienes patrimoniales denominados de propios, únicamente los destinados a satisfacer pura y simplemente necesidades de la personalidad jurídica o colectiva, esto es, cuando tal uso no determina al mismo tiempo rendimientos traducidos en ingresos para el Erario municipal, a causa de efectuarse no por el común de vecinos, sino por personas o clases determinadas, siendo, por consiguiente, nota distintiva de la exención para todos los casos, el carácter siempre gratuito del uso, aprovechamiento o disfrute.

En esta sentencia, en la que se manejan, con técnica excelente, los preceptos del Código civil, de la legislación municipal y de la legislación fiscal se establece la siguiente clasificación de bienes municipales:

— de uso público (art. 344, 1, C. c.).



La Ley de Reforma Tributaria de 29.12.1910 corrigió un tanto el panorama fiscal de la época al declarar exentos (artículo 14, núm. 6)

"los terrenos y edificios de propiedad común de los pueblos que no produzcan renta en favor de los mismos, y las casas del Ayuntamiento cuando no produzcan renta".

La jurisprudencia dictada en torno a este precepto es abundantísima (10).

---

(10) Cfr. sentencias de 29.6, 5.7 y 2.12.1932 declarando exentos los edificios destinados a mercado; 24.6.1932, denegando la exención de jardines públicos, pero con cuota de entrada; 22.12.1932 y 26.5.

Por su contenido doctrinal son de citar especialmente las siguientes:

Sentencia de 8.6.1934: Esta Sala viene reconociendo con un concepto amplio en orden a exenciones de tributación territorial, lo que ha de entenderse por bienes de propios común de los pueblos, no reduciéndolos a los denominados comunales o de común aprovechamiento y disfrute que representan un uso colectivo, sino haciéndolos extensivos a los de uso público, y dentro de ellos, también a los que representan un medio de prestación de algún servicio de interés general del vecindario; mas no cabe aplicar tal concepto con mayor amplitud a bienes que no concurren a ninguna de aquellas finalidades, y que entran en la genérica condición de patrimoniales, conforme al párrafo 2 del artículo 344 del Código Civil.

Sentencia de 3.12.1934: El concepto "propiedad común de los pueblos" no puede tener la significación restringida de referirse a los denominados comunales o de aprovechamiento común sino que se extiende a los que tienen en común, y en tal concepto pertenecen a la comunidad, representada por el Ayuntamiento, que en nombre del común los posee y regula su público disfrute y uso general, en relación con la finalidad de dichos bienes; interpretación que se conforma y acomoda a las definiciones sobre la materia del Código Civil.

Sentencia de 29.6.1935: En la técnica jurídica establecida para clasificar los bienes municipales, tanto en la antigua legislación como en la específica desamortizadora y fiscal, lo mismo que en la sustantiva del Código Civil —artículos 333 y 334— y por último, en el Estatuto municipal y su Reglamento de Hacienda y con todas estas fuentes, en la doctrina jurisprudencial no se ha distinguido, ni podido distinguir, sino las dos solas clases o grupos de bienes comunes y bienes patrimoniales o de propios, según que, perteneciendo a la comunidad, los primeros sean de uso público general y de común aprovechamiento gratuito, o que correspondan los segundos y los pasen al Municipio, pero que no se hallen destinados al aprovechamiento y común disfrute de todos los vecinos, sino que produzcan o sean susceptibles de producir renta, los aplique o pueda destinar el

1934, declarando exento un edificio destinado a posta sanitaria; 8.6. 1934, 8.6 y 29.6.1935, denegando la exención de un solar; 7.6.1934, declarando exento un edificio destinado a Inspección sanitaria y cobro de arbitrios municipales; 3.12.1934, declarando exento un edificio destinado a caseta de consumos, etc., etc.

Ayuntamiento a sus necesidades o proporcionar ingresos o recursos a su presupuesto para cubrir atenciones del mismo".

Sentencia de 13.5.1947: A pesar de discutirse la existencia de una perfecta clasificación, en razón a un fin, de bienes municipales que formen su hacienda, es lo cierto que por distintas resoluciones administrativas y judiciales se ha llegado a determinar que los bienes comunales son aquellos de que cada vecino puede usar gratuitamente, siendo bienes de propios los que rinden utilidad y no pueden los vecinos usar de ellos más que conforme a los convenios establecidos.

Posteriormente, el artículo 218 del Decreto de 25-1-1946 ha declarado exención por la contribución rústica y urbana:

c) Por los bienes comunales, y se entenderá que *los bienes son de propios, a efectos de tributación por este concepto, cuando produzcan al Municipio ingresos que constituyan una renta, no considerándose tal el producto de la exacciones locales o tarifas de servicios públicos municipalizados.*

Invocando este texto la sentencia de 20.1.1955, apoyándose en la doctrina sentada por la de 17.12.1904 ("los bienes comunales pierden su condición para transformarse en bienes de propios desde el momento en que se utilizan de modo que producen renta o recurso"), denegó la exención a un monte, que disfrutaba de una antigua declaración administrativa de no ser enajenable por ser aprovechado comunalmente, en razón a haber sacado (sic) de ella el Erario municipal posteriormente rentas o ingresos.

B) Veinte por ciento de propios.

Menos interesante resulta a nuestros efectos —pero no por ello podemos prescindir de su alusión— la legislación fiscal reguladora del impuesto del 20 por 100 de propios, porque también provocó algunas precisiones sobre los conceptos de propios y comunes (11).

---

(11) Sobre las alternativas de esta legislación, la naturaleza ju-

Desde el primer momento distinguió esta legislación con toda claridad entre los bienes de aprovechamiento común y bienes productores de renta, pero considerando ambos bienes del común de vecinos, conforme a la doctrina que hemos venido reiterando.

Así, en la R. O. de 31.3.1846, resolviendo consulta de las provincias de Huesca y Albacete, se dice que:

> Deberán pagar la cantidad del veinte por ciento las fincas que, aunque aplicadas a cubrir las obligaciones municipales, *se denominan del común de vecinos,* por haber sido adquiridas a título oneroso, ya que son bienes de propios, no los que se disfrutan en común, sino que producen renta a los pueblos.

Igual la R. O. de 22.12.1852:

> ... deben, por regla general, estar sujetos al pago de veinte por ciento todos los productos de las fincas, *sean o no comunes,* que sirven para atender a las cargas municipales.

---

rídica del impuesto y, en general, véase Cirilo MARTÍN-RETORTILLO, *Cuestiones jurídico-fiscales sobre los montes de los pueblos,* 1944, págs. 105-131, de quien tomamos los datos del texto. Cfr. posteriormente la sentencia de 12.12.1950. Téngase presente que este impuesto es el origen de la participación del veinte por ciento del importe de las ventas de estos bienes, señalada en la legislación desamortizadora. Para explicar el origen del impuesto del veinte por ciento de propios nos servimos de las palabras del Diputado MOYANO en la discusión parlamentaria del proyecto de ley de 1855: "Siglos enteros se habían pasado en España sin que los pueblos pagaran ni un maravedí por las cargas públicas, ni por ningún otro concepto, por los productos de esos propios. Corría la última tercera parte del próximo pasado siglo, en el año de 1760, cuando en julio se dispuso que los propios de los pueblos contribuyeran con un 2 por 100 para el pago de las oficinas de su administración, para los gastos de la administración central. A muy poco tiempo, ese 2 se aumentó hasta un 7 para el mismo objeto, para el sueldo del procurador general, para la edificación de lo que se llama Casa de los Consejos, y para la dotación de la escuela Veterinaria y Hospicio de San Fernando de Madrid. Así continuó hasta 1813, en que se dispuso que ese 7 fuera un 10, y que este 10 se destinase a la amortización de la Deuda. Cayó el Gobierno representativo; no se hizo novedad en este 10, hasta que en 1818 se subió este 10 al 20. Volvió en el año 1820 el Gobierno representativo, y el 20 se bajó al 10, no ya para la Deuda, sino para caminos vecinales, hospicios y casas de maternidad. Vino el año 24, y volvió el 20 por 100 para la Caja de amortización. El año 51 se hizo el arreglo de la Deuda y se vinculó o adjudicó a este pago especial el 20 por 100 de propios. El producto de este 20 son unos 6 ó 7 millones de reales, que son uno de los recursos con que se cuenta, y que se ofrece a los acreedores estrangeros en garantía de que se ha de cumplir esas obligaciones".

De citar es también, por su rotundidad, una Circular de 28.7.1853, publicada en el Diccionario de ALCUBILLA, que dice así:

> Con objeto de que se deslinde clara y terminantemente lo que se entiende por arbitrios y lo que se entiende por bienes de propios, se acordó: "que por bienes de propios se entienda la heredad o finca perteneciente al común de una población y con cuya renta se atienden algunos gastos públicos".

Un dato importante que aparece subrayado sin dejar lugar a dudas por esta legislación, es la posibilidad que tienen los bienes comunales de transformarse en de propios cuando dejan de ser aprovechados en común. Esta es doctrina que sienta ya la R. O. de 2 de mayo de 1850, y que desarrolla y aplica la R. O. de 23.4.1858, en la que se afirma, por lo demás, una doctrina general básica sobre el tema:

> "(Gob.) Las Secciones de Gobernación y Fomento y de Hacienda del Consejo Real, a las que tuvo por conveniente S. M. oir en el expediente instruido en este Ministerio, con motivo de diferentes consultas y dudas ocurridas sobre si las fincas de común aprovechamiento de los pueblos, cuando son arbitradas por los Ayuntamientos para atender a los gastos municipales, deben pagar el cinco o el veinte por ciento de sus productos (es decir, si son de propios), han dado su dictamen en los términos siguientes:
>
> Considerando que, según nuestras leyes, nunca debieron ni pudieron reputarse como bienes de propios, sino aquellos que perteneciendo al común de la ciudad o del pueblo *daban de sí algún fruto o renta en beneficio del procomunal del mismo*, y de los cuales nadie *en particular* podía usar.
>
> Considerando que, bajo este concepto, es inadmisible la doctrina o fundamento de las RR. OO. de 17-1-1849 y 16-11-1854, ya porque en los Reglamentos formados a los pueblos en 1763 por el Consejo de Castilla no solamente se comprendieron las

---

(12) Para la aplicación de esta R. O., cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 20.1.1902, 21.4.1908 y 25.11.1935, y las Resoluciones del Tribunal Económico-administrativo Central de 10.1.1933, 12.6 y 10.7.1934, 21.2 y 5.6.1934, 5.6.1936 y 21.3.1941.

fincas de propios, sino las del común que a la sazón estaban arbitradas, y *porque como bienes comunes* sólo se entendían y han debido entenderse siempre, según las indicadas leyes, aquellos *de que cada vecino de por sí puede usar gratuita y libremente*, que no se han arrendado ni arriendan, y cuyo disfrute o aprovechamiento además de *ser común* a todos los vecinos era gratuito como se dice en la citada resolución de 16.11.1854.

Considerando que los pueblos arbitraban y han arbitrado en todos tiempos con la competente autorización real para cubrir el déficit de sus presupuestos, *tierras o pastos comunes o de aprovechamiento común, que es lo mismo*, unas veces arrendando el sobrante de dichos pastos, otras permitiendo el rompimiento de tierras para repartirlas en suertes entre los vecinos o rematarlas en el mejor postor, ya en fin dando facultad para la corta o entresaca de árboles, rozas y descuajos, con *cuyos arbitrios* obtenían una renta en favor de la *comunidad* del pueblo.

Considerando que cualquiera que sea o haya sido el título de adquisición de tales bienes, en el hecho de arbitrarse o de haber sido arbitrados, privándose los vecinos del uso o común disfrute de sus aprovechamientos, dejan de ser ya *bienes comunes*, y adquieren, aunque sea temporalmente, el carácter y naturaleza de propios, porque vienen, como éstos, a constituir una renta en beneficio del procomunal.

Las Secciones ... opinan que conviene declarar como resolución general, para evitar en lo sucesivo todo género de dudas y consultas sobre este asunto, que se hallan sujetas al pago del veinte por ciento de propios:

No solamente aquellas fincas rústicas de propiedad de los pueblos que no estando destinadas al aprovechamiento común y gratuito de los vecinos, producen o pueden producir una renta en favor de la comunidad del pueblo, cualquiera que sea o haya sido su origen y denominación, sino las que, aun siendo de común aprovechamiento, se hallen arbitradas o lo sean por los Ayuntamientos con la correspondiente autorización para obtener por este medio alguna utilidad o recurso aplicable a los gastos municipales.

C) El impuesto del diez por ciento sobre aprovechamientos forestales (13).

Este impuesto —que todavía se mantiene hoy con unos objetivos declarados de mejoras, que distan mucho de cumplirse en la realidad— fue creado en el artículo 6.° de la Ley de 11.7.1877, afectando tanto a los bienes de propios como a los de común aprovechamiento:

> Para atender a la repoblación y mejora de los montes públicos... contribuirán los pueblos con el diez por ciento de todos los aprovechamientos que se realicen en dichos montes, *aunque tengan derecho a usarlos gratuitamente.* Se exceptúan las dehesas boyales en su aprovechamiento gratuito de pasto y bellota.

Este principio fue desarrollado en los artículos 25 a 32 del Reglamento de 18.1.1878, del que es de retener el artículo 27:

> Quedan exceptuados del pago del diez por ciento en las dehesas boyales los aprovechamientos gratuitos de pasto y bellota; comprendiéndose en esta excepción la lentisquina, acebuchina y cualesquiera otros frutillos o semillas silvestres, pero se abonarán los productos maderables, las cortezas, corchos, jugos, plantas industriales, la caza y otros que se utilicen en dichas fincas y no sean expresamente dispensados del pago.
>
> También se exigirá el diez por ciento sobre el valor del pasto que aproveche el ganado de labor en los montes de los pueblos que no teniendo declarado dehesa boyal, gravite sobre ellos esta servidumbre, siempre que la finca a que se contraiga haya adquirido o adquiera en adelante por decisión administrativa el carácter de dehesa destinada a dicha clase de ganado en orden al libre y gratuito disfrute de los pastos para el mismo (14).

---

(13) Un resumen de su evolución puede verse en la sentencia de 12.2.1932.

IV. LOS BIENES COMUNALES EN LA LEGISLACION MUNICIPAL

Como es lógico, había de ser la legislación municipal la que afrontase el tema de los bienes comunales no ya incidentalmente —como al fin y al cabo habían hecho los otros ordenamientos— sino de una manera directa. Las leyes municipales, que se suceden a lo largo de los siglos XIX y XX, nunca dejan de estudiar este punto, con mayor o menor detalle, y a veces con diferentes criterios.

En líneas generales, la legislación del siglo XIX no ofrece en este punto el carácter sistematizador y dogmático de las leyes modernas, que en ocasiones parecen, por su afán científico, auténticos manuales de Derecho Administrativo. Por ello más que de definir o clasificar los bienes municipales, se preocupan de señalar las facultades que sobre los mismos corresponde a los Ayuntamientos.

(14) Cfr. también las RR. OO. de 4.7 y 5.9.1878, 23.7.1879, 28.4.1891 y 10.8.1896, y las que se aluden en la sentencia de 12.2.1932 citada, la cual se preocupa de distinguir conceptualmente este impuesto del de veinte por ciento de propios, declarando que este último es la participación que el Estado se ha reservado en los productos en renta y venta de los bienes de la propiedad de los pueblos, mientras que el primero es una especie de canon que se ha establecido sobre los productos de riqueza forestal para atender a su conservación, ya se trate de monte clasificado como de utilidad pública en el que conviene mantener la vegetación leñosa por su beneficiosa influencia en las condiciones climatológicas de una comarca, o en el régimen de las aguas con la producción de las lluvias, ya se trate de los montes exceptuados de la venta en concepto de aprovechamiento común o de dehesa boyal, que aunque cumplen una finalidad de orden puramente local, hay que mantenerla en toda su pureza para asegurar el debido empleo de sus productos.

Proyecto de Ley del Marqués de Someruelos de 23.2.1838 (15).

Art. 3.° Es atribución de los Ayuntamientos arreglar por medio de acuerdos conformándose a las leyes: 1.° El sistema de administración de los propios y fondos de común. 2.° El disfrute de los pastos, leñas, aguas y demás usos y aprovechamientos comunes. 3.° El plantío y corta de árboles en los montes y tierras de común.

Art. 4.° Es cargo de los Ayuntamientos, deliberar "... 9. sobre los arrendamientos de fincas y arbitrios de común".

Art. 23. Son ingresos ordinarios: 1.° Los productos de propios y los arbitrios de toda especie legalmente establecidos. 2.° Los derechos que paguen los particulares en las oficinas del común por títulos, certificaciones, copias, autorizaciones y demás documentos.

Proyecto de Ley sobre organización y atribución de los Ayuntamientos, leído por ESTEBAN COLLANTES, Ministro de la Gobernación, de orden de la Reina Gobernadora en 21.3.1840 ante el Congreso de los Diputados (16):

Art. 62. Es atribución de los Ayuntamientos arreglar por medio de acuerdos, conformándose con las leyes y reglamento:

1.° El sistema de administración de los propios, arbitrios y demás fondos del común.

2.° El disfrute de los pastos, aguas y demás usos y aprovechamientos comunes en donde no haya un régimen especial autorizado competentemente.

3.° El plantio, cuidado y aprovechamiento de los montes y bosques del común, y la corta, poda, beneficio y uso de sus maderas y leñas.

5.° Los arrendamientos de fincas, arbitrios y otros bienes del común.

Los acuerdos tomados por los Ayuntamientos sobre cualquiera de estos objetos, se comunicarán para su conocimiento al Jefe

(15) En *Apuntes para el estudio del proyecto de ley sobre régimen de la Administración local*, Congreso de Diputados, 1907, t. I, pág. 252. Estos preceptos se reprodujeron en el Dictamen de la Comisión parlamentaria, salvo el 23,2 (cit. en la pág. 265).

(16) Fue publicado en forma de folleto aquel mismo año.

político, el cual podrá suspender su ejecución si los hallare contrarios a las leyes, reglamentos y R. O. vigentes, dando cuenta al Gobierno para la resolución conveniente.

Art. 63. Es cargo de los Ayuntamientos deliberar conforme a las leyes y Reglamentos:

8.º Sobre la enajenación de bienes muebles e inmuebles y sus adquisiciones, redención de censos, préstamos y transacciones de cualquiera especie que tuviere que hacer el común por necesidad o conveniencia.

10.º Sobre aceptar o no las donaciones o legados que se hicieren al común, o a algún establecimiento municipal.

11.º Sobre entablar o sostener algún pleito en nombre del común. En este caso, se agregarán al Ayuntamiento los vecinos mayores contribuyentes que se hallen en el pueblo o distrito municipal, en número igual al de los concejales.

Art. 69. Como administrador del pueblo, corresponde al Alcalde, bajo vigilancia de la Administración superior:

4.º Procurar la conservación de las fincas pertenecientes al común.

Proyecto de Bases de la Comisión parlamentaria de 14.12.1865 (17):

Base 7.ª Los Ayuntamientos ... conocerán y resolverán sobre los puntos siguientes: 3.º La administración de los pósitos y de las fincas de propios y del común aprovechamiento, acordando el modo de disfrutar estos bienes donde no estuviere establecido de antemano. 4.º La enajenación o permuta de los bienes comunes cuando se considere útil o necesario. 5.º La administración de los caudales de propios y demás fundos destinados a cubrir las cargas municipales.

Proyecto de Ley de Presupuestos y contabilidad municipal de 6.4.1861 (18).

Art. 10. Se consideran ingresos ordinarios: 3.º Los rendimientos que dieren los montes y dehesas pertenecientes en todo

(17) En *Apuntes...*, cit., pág. 455. El texto se reproduce en el Proyecto de leyes orgánicas de Gobernación de 7.5.1856, Base 7.ª (ibidem, pág. 492), y posteriormente en el artículo 28 de la redacción articulada (ibidem, pág. 501).

(18) En *Apuntes...*, cit., I, pág. 690.

o en parte a cada término municipal. 4.º Los aprovechamientos que por monda y limpias de árboles se hagan en los montes y dehesas del común en beneficio de los fondos municipales, según la costumbre establecida o las prevenciones generales o particulares de la Administración forestal. 9.º ... los productos de aprovechamiento de aguas sobrantes del común.

Ley Municipal 2.10.1877:

Art. 26. Todos los vecinos tienen participación en los aprovechamientos comunales y en los derechos y beneficios concedidos al pueblo...

Los vecinos adquieren el pleno dominio de la parte que en los aprovechamientos comunes les haya sido adjudicada; pero no entrarán en su disfrute, salvo lo dispuesto en el art. 75, 3, sino en cuanto acrediten estar al corriente en el pago de todas sus obligaciones con el presupuesto comunal.

Art. 75. Es de atribución de los Ayuntamientos arreglar para cada año el modo de división, aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales del pueblo, con sujeción a las siguientes reglas:

1.ª Cuando los bienes comunales no se presten a ser utilizados en igualdad de condiciones por todos los vecinos del pueblo, el disfrute y aprovechamiento será adjudicado en pública licitación entre los mismos vecinos exclusivamente, previas las tasaciones necesarias y la división en lotes, si a ello hubiere lugar.

2.ª Si los bienes fueren susceptibles de utilización general, el Ayuntamiento verificará la distribución de los productos entre todos los vecinos, formando al efecto divisiones o lotes, que se adjudicarán a cada uno con arreglo a cualquiera de estas tres bases siguientes:

— Por familias o vecinos.

— Por personas o habitantes.

— Por la cuota de repartimiento. si lo hubiese.

3.ª La distribución por vecinos se hará con estricta igualdad entre cada uno de ellos, sea cual fuere el número de individuos de que conste su familia, o que vivan en su compañía y bajo su dependencia.

La distribución por personas se hará adjudicando a cada

vecino la parte que le corresponda en proporción al número de habitantes residentes de que conste su casa o familia.

La distribución por la cuota de repartimiento se verificará entre los vecinos sujetos a su pago, adjudicando a cada uno la parte que en proporción a la cuota repartida le corresponda. En este caso se adjudicará a los vecinos pobres exceptuados del pago, una porción que no exceda de lo que corresponda al contribuyente por cuota más baja.

4.ª En casos extraordinarios, y cuando las atenciones del pueblo así lo exijan, puede el Ayuntamiento acordar la subasta entre los vecinos de los aprovechamientos comunales propiamente dichos, o fijar el precio que cada uno ha de satisfacer por el lote que le ha sido adjudicado.

En todo lo referente al régimen, aprovechamiento y conservación de los montes municipales, regirán la Ley de 24.5.1863 y el Reglamento de 17.5.1863.

Proyecto de Ley de 1884 sobre gobierno y Administración local (19).

Art. 42. Es obligación de todos los Ayuntamientos: 8.º Dictar reglas para el disfrute de los bienes y aprovechamientos comunales.

Art. 48. (Facultades de los Ayuntamientos). Como corporación administrativa les toca con arreglo a las leyes y reglamentos: 2.º Dictar reglas para el disfrute de los bienes y aprovechamientos comunes, y reglamentos para la administración de todos los bienes e intereses que le están confiados.

Proyecto de Ley de 1907 (La Cierva) (20).

Art. 103. (No precisarán aprobación de la Diputación provincial): Los acuerdos sobre concesión, sea gratuita, sea remunerada, a favor de vecinos braceros, del disfrute durante menos de diez años, de parcelas de terrenos dedicados al aprovechamiento comunal, siempre que no estén, por causa de utilidad pública, catalogados y sujetos a la Administración forestal.

Art. 104. La Comisión permanente podrá, sin embargo, con-

(19) *Apuntes...*, cit., II, pág. 364.

(20) *Apuntes...*, cit., II, pág. 1059. Los textos se reproducen en el Dictamen de la Comisión parlamentaria, arts. 101 y 102. (Ibidem, página 1146).

ceder permisos para plantar arbolado en terrenos de aprovechamiento común, no catalogados ni sujetos a la Administración forestal; y los plantadores, además de hacerse dueños de los árboles que críen, podrán acotar durante los cinco primeros años, las parcelas plantadas a fin de protegerlas de los ganados.

Estatuto Municipal (Libro I).

Art. 159. Tanto la Comisión municipal permanente, ajustándose a las reglas dictadas por el Ayuntamiento pleno, como las juntas vecinales y parroquiales, ordenarán el aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales de los pueblos con arreglo a las disposiciones siguientes:

1.ª) Mientras sea practicable este modo de disfrute, continuarán los aprovechamientos gratuitos por el común de vecinos, y únicamente se enajenarán por precio los esquilmos y productos cuya utilización comunal no resulte posible.

2.ª) Cuando los aprovechamientos sean gratuitos, la distribución se hará entre los vecinos, adjudicando a cada uno la parte que le corresponda en proporción al número de personas que estén a su cargo y vivan en su casa.

3.ª) Cuando los bienes comunales no se presten a ser utilizados por los vecinos, en la forma antedicha, se adjudicará el disfrute y aprovechamiento mediante precio, en pública subasta, disponiéndose preferencia a los vecinos sobre los forasteros, en igualdad de condiciones.

4.ª) Sólo en caso extraordinario podrá el Ayuntamiento, previo acuerdo de las dos terceras partes de los concejales que lo constituyen, fijar una cuota, que deberán abonar los vecinos, sobre los lotes adjudicados de bienes comunales.

La legitimación de roturaciones arbitrarias hechas en terrenos comunales a que hace referencia el Real Decreto de 1.º de diciembre de 1923, sólo podrá otorgarse a los vecinos del pueblo.

Art. 160. No serán reputadas como enajenación ni gravamen, ni sometidas a los requisitos de los artículos 157 y concordantes, las concesiones de parcelas de terreno del Patrimonio municipal, a favor de vecinos braceros, cuando el disfrute a éstos otorgado haya de durar menos de diez años.

Estas concesiones y las que se otorguen a vecinos del Municipio para plantar arbolado en terrenos del Patrimonio concejil, no catalogados como de utilidad pública, han de ser acordadas por el Ayuntamiento pleno, o en aplicación que haga la Comisión municipal permanente de las reglas establecidas al efecto por aquél.

Los vecinos que obtengan permiso para plantaciones y lo utilicen con arreglo a las condiciones establecidas, se harán dueños de los árboles que cultiven, y durante los cinco primeros años podrán acotar las parcelas plantadas, a fin de preservarlas de los ganados. Cuando la acotación de parcelas con este fin perjudique los aprovechamientos comunales, las concesiones quedarán en suspenso por virtud de reclamación de los vecinos, hasta que sobre ellas recaiga acuerdo del Ayuntamiento pleno.

Art. 190. Será función de la Asamblea vecinal, elegir la Junta vecinal, aprobar los presupuestos y cuentas y fijar las bases a que ha de ajustarse el aprovechamiento de los bienes comunales, cuando los haya.

Art. 220. Será forzoso, en todo caso, acudir al referéndum: 1.º Cuando se acuerde enajenar o gravar inmuebles del patrimonio municipal de común aprovechamiento, cualquiera que sea su valor. 2.º Cuando se acuerde enajenar o gravar bienes que, sin ser de aprovechamiento común, pertenezcan al Municipio o a establecimientos municipales, si el importe de la enajenación o del gravamen asciende a más del 15 por 100 del total de ingresos ordinarios, calculado en el presupuesto corriente de la Corporación. Se exceptuarán en todo caso las enajenaciones de terrenos sobrantes de las vías públicas, concedidos al dominio particular, y de edificios inútiles al servicio a que estaban destinados, para cuya validez será necesario, sin embargo, el voto favorable de dos terceras partes del número legal de concejales.

Art. 310. Constituye patrimonio municipal, el conjunto de bienes, derechos y acciones que pertenecen a un Municipio, al común de sus vecinos o a establecimientos municipales. De un modo análogo se formará el patrimonio de las Entidades locales menores a que se refiere el artículo 2.º de esta Ley.

Art. 311. Las Comisiones permanentes y las Juntas vecinales formarán dentro del primer año de su constitución, inven-

tario general de los preceptivos patrimonios, con expresión de los gravámenes existentes. Los inventarios serán rectificados anualmente, y tanto su aprobación como las rectificaciones, corresponderán al Ayuntamiento en pleno.

Reglamento de la Hacienda municipal de 1924.

Art. 19. Formarán la Hacienda de los Municipios, fuera de los casos de régimen excepcional a que se refiere el capítulo X, título IV, libro I del Estatuto municipal:

2.º El rendimiento de aprovechamiento de bienes comunales que, cuando proceda, sean enajenados, o distribuidos a título oneroso entre los vecinos.

Art. 21. Constituye el Patrimonio municipal, con arreglo al artículo 310 del Estatuto y será la base primordial de su Hacienda, el conjunto de bienes, derechos y acciones que pertenecen a un Municipio, al común de sus vecinos o a los establecimientos municipales de beneficencia e instrucción u otros análogos que dependan del Ayuntamiento.

Art. 23. Los Municipios que sean propietarios de montes, ya de propios, ya comunales, incluidos en el artículo 1.º de la Ley de 24 de junio de 1908, habrán de ajustarse en su explotación a las disposiciones de dicha ley, muy en particular a las contenidas en los artículos 6.º y 7.º

Art. 24. No obstante lo dispuesto en el número 25 del artículo 150 del Estatuto y en el 1.º del 222 (será 220), la facultad de enajenar los bienes de aprovechamiento común, incluyendo entre ellos las dehesas boyales a que se refiere la Ley de 11 de julio de 1856, se entenderá limitada en todo caso al usufructo, cuya cesión será indefinida o temporal, aunque en este caso renovable, y podrá otorgarse únicamente a los vecinos mientras tengan este carácter y con la obligación de ser el usufructuario cultivador directo de la finca enajenada.

Art. 25. Toda parcelación de montes comunales enclavados en zona protectora, conforme a la Ley de 24 de junio de 1908, exigirá plan previo suscrito por un ingeniero de Montes o, en su defecto, autorización de la Administración forestal, y se ajustará a los límites que establece el artículo anterior.

V. LOS BIENES COMUNALES EN LA JURISPRUDENCIA

Después de cuanto viene diciéndose, ha quedado ya sobradamente determinado, y desde muy diversos puntos de vista, el concepto de los bienes comunales que aparece en las leyes del siglo XIX, conforme al cual lo serán todos aquellos *sobre los que tiene lugar un aprovechamiento común o vecinal gratuito, mientras que son bienes de propios aquellos otros municipales de los que, por estar arbitrados, se deduce una renta o beneficio para el común de vecinos o Corporación municipal.*

La naturaleza jurídica de ambas clases de bienes —con sus gravísimas consecuencias de desamortización y contributivas, entre otras (21)—, dependía, pues, de un hecho tan fortuito y accidental como la arbitración. Extremo que podía dar lugar a frecuentes abusos, máxime cuando había grandes intereses —ordinariamente los más poderosos y mejor organizados— por que los bienes fueran calificados como de propios, frente a la natural tendencia de los vecinos de que se mantuviese su aprovechamiento comunal.

En las páginas anteriores, al hilo de los textos legales, se han ido insertando algunas interpretaciones jurisprudenciales; pero en este lugar queremos estudiar especialmente la doctrina con que el Tribunal Supremo ha ido matizando el criterio, quizá demasiado apriorístico, de la legislación, y sin

(21) En el campo penal, en cambio, ninguna trascendencia tiene esta clasificación. Como ha determinado la sentencia de 30.4.1918, la frase "montes comunales", estampada en el artículo 606 del Código penal (texto reformado Ley 3.1.1907), comprende tanto los montes comunales como los antiguamente denominados de propios, o sea, los que se aprovechan por todos los vecinos y los que se arriendan por el Ayuntamiento para atender con su producto las necesidades del Municipio. En la redacción vigente del Código penal, en el núm. 2 del artículo 587, ya se especifica, sin embargo, la diferencia entre los montes comunales y de propios.

la cual hubieran desaparecido buena parte de los bienes comunales que aún se mantienen. El papel del Tribunal Supremo no ha podido ser más brillante ni más eficaz en este punto, constituyendo la mejor defensa de los bienes comunales, con la advertencia de que muchos de los irregularmente desaparecidos, no lo hubiesen sido, de haber solicitado a tiempo la protección de nuestro más alto Tribunal.

En medio de esta serie de circunstancias tan extraordinariamente propicias a la desamortización, supo actuar el Tribunal Supremo (como antes el Consejo de Estado) con exquisita prudencia para moderar la avidez de los investigadores de la Hacienda y la incuria de los Ayuntamientos, salvando de la enajenación bienes de indudable aprovechamiento comunal, que habían sido de algún modo circunstancialmente arbitrados, y que la Administración quería, por tanto, incluir en la desamortización.

Sosteniendo tenazmente esta posición, la jurisprudencia ha declarado que no pierden unos bienes la condición de comunales:

— por arrendar el Ayuntamiento para atender las obligaciones municipales, parte de los frutos de estos terrenos, ya que el arriendo era de los frutos sobrantes y los vecinos disfrutaban de lo demás sin retribución alguna; y al pagar el Ayuntamiento el veinte por ciento del importe del arriendo no reconoció que fueran de propios dichos terrenos, porque el veinte por ciento se satisface de las cantidades que utilizan los Ayuntamientos de los bienes de aprovechamiento común, sin que por ello pierdan éstos dicho carácter (s. 22.2.1864).

— por el establecimiento de un ligero arbitrio por razón de la trilla de las mieses, que no amengua ni interrumpe el aprovechamiento de las producciones naturales de la tierra, y viene a convertirse en beneficio del vecindario y de la Hacienda Pública (s. 8.4.1867).

— por haberse arrendado alguna parte de sus productos,

si esto se ha hecho sin perjuicio de los demás aprovechamientos que disfrutaran los vecinos del pueblo. No constando que una finca haya sido gravada con el impuesto del veinte por ciento que satisfacían los bienes de propios, ni con el cinco por ciento arbitrado sobre los mismos, es evidente que se ha estimado siempre como de aprovechamiento común (ss. 14 y 29.12.1869, 19.2.1870, 11.1 y 7.6.1871, 14.6.1872 y 13.4.1874; 14.4.1877)

— por haberse arrendado un prado en los dos últimos años, ya que el arriendo ni fué sobre sus pastos, ni privó al común de sus aprovechamientos (s. 28.3.1864).

— por haberse arrendado durante menos de tres años, constando que tales arrendamientos tuvieron por objeto favorecer a vecinos pobres y por módicas cantidades, que fueron ingresadas en los fondos del Municipio (s. 16.6.1891).

— "el espíritu de la legislación desamortizadora y la interpretación que a la misma se ha dado, es el de reconocer que son bienes de aprovechamiento común aquellos que, siendo de la propiedad de un pueblo, utilizan todos sus vecinos gratuitamente, y que no pierden dichos bienes semejante carácter porque en alguna ocasión hayan sido arrendados o arbitrados, siempre que su producto se haya aplicado a cubrir atenciones extraordinarias o cuando el arriendo o el arbitrio se haya limitado a los sobrantes que resultaren del aprovechamiento comunal" (s. 26.3.1883).

— por el cultivo y roturación del término y su distribución y adjudicación en lotes; que vienen incluso a confirmar el carácter comunal, toda vez que ningún vecino es excluído del repartimiento, el cual varía todos los años, terminando cuando se levantan las mieses, aprovechándose entonces en común por los vecinos la espiga y pastos, pues la ley 17, tít. 25, lib. 8, de la Novísima Recopilación reconoce que puede haber terre-

nos comunales cultivados por los vecinos y que, por lo tanto, no pierden este carácter los dedicados a labor (ss. 20.9.1875 y 14.3.1895).

— por cesión o arrendamiento parcial, si el "Ayuntamiento reservó siempre para el común aprovechamiento uno y a veces dos de los ocho lotes en que había fraccionado el disfrute de la dehesa de que se trata" (s. 5.2. 1895) (22).

— por arrendamiento a tódos los vecinos, si figuran como arrendadores todos los vecinos del pueblo, y el precio debía distribuirse entre ellos, lo cual constituye una forma de aprovechamiento en común, y se arrienda sólo uno de sus productos, el corcho, quedando de uso general y gratuito las leñas, pastos y todos los demás aprovechamientos (s. 26.1.1899).

— por haberse arbitrado la caza y las hierbas de monte en un año, y el aprovechamiento de una chopera en otro, sin que existan expedientes de arriendo o subasta, y sin que se haya satisfecho el veinte o el cinco por por ciento de propios y arbitrios (s. 7.4.1870).

— por haberse concedido por una sola vez el corte y carboneo de unos cuantos árboles, si esta concesión se fundaba en que el producto de dicha corta, beneficiosa para la conservación y mejora del monte, se aplicaba a un objeto de perentoria e imprescindible necesidad (s. 3.5.1872).

— por haber impuesto una contribución la Hacienda (s. 21.12.1877).

— por haberse arbitrado o arrendado parte de sus productos, si esto se ha hecho sólo con los sobrantes que

(22) Pero, en cambio, el Ayuntamiento que después de obtener la desamortización de un terreno en el concepto de dehesa boyal lo arrienda y arbitra en su mayor parte, no puede conservarlo con tal carácter, porque demuestra que no lo necesita (s. 6.1.1884).

restaban después de los aprovechamientos comunes y gratuitos (s. 3.3.1878) (23).

— por haberse vendido algunas veces las leñas secas y arbitrándose la limpieza común de los bosques, puesto que por ello no se impidió el gratuito y común aprovechamiento de los vecinos sobre los demás productos, y muy especialmente sobre los pastos (s. 11.11.1889).

— por haberse arbitrado, si esto fue debido a circunstancias marcadamente extraordinarias, nunca con carácter constante e inmemorial, para cubrir las atenciones corrientes del municipio (s. 22.2.1907).

VI. LOS BIENES COMUNALES EN LA LEGISLACION DE MONTES

La circunstancia de que una buena parte de los bienes comunales esté constituida por terrenos legalmente considerados como montuosos, hace necesario el examen de la legislación de montes, que siempre ha sido particularmente deta-

(23) El fundamento legal de esta sentencia y sus concordantes se encuentra en el artículo 2.º de la Ley de 30.7.1878, según el cual, cuando la disminución de los ganados o la abundancia de pastos en los terrenos comunes y dehesas boyales los hiciere algún año innecesarios en su totalidad para el sostenimiento de los ganados que tienen derecho a utilizarlos, pueden los Ayuntamientos y Juntas de asociados acordar el arriendo del sobrante, ingresando sus productos en las arcas municipales. A este precepto se atiene la sentencia de 20.5.1881, cuando deniega la condición de comunal porque "no pueden estimarse como *transitorios* para aplicar a dicho Ayuntamiento el beneficio otorgado por la Ley de 30.7.1878 (los arriendos y roturaciones realizados en el prado); porque la razón de esta Ley es que puedan utilizar los pueblos el exceso de producción de yerbas de sus terrenos comunales, en alivio de sus gravámenes y *de ningún modo autorizar a privar a los vecinos de los aprovechamientos necesarios* a pretexto de asegurárselos para un futuro remoto y sin plazo determinado". El mismo espíritu legislativo anima la Orden de la Regencia de 22.5.1870 y R. O. de 27.6.1877, que autorizan los arrendamientos de espartos en los montes comunales para plazo no inferior a diez años.

llista y que ha dedicado numerosas disposiciones a los montes del común de los pueblos.

El artículo 23 de la *Ley de 3 de febrero de* 1823 ("Instrucción para el Gobierno económico político de las provincias") puso a cargo de los Ayuntamientos en los montes y plantíos del común, la vigilancia y cuidado que prescribía la Constitución de 1812, recomendando el esmero en la conservación y repoblación de ellos "con la más exacta observancia de las leyes y Ordenanzas que rigen en la materia". Esta Ley, que fue derogada en 1.10.1823, al restablecimiento de la Monarquía absoluta, fue puesta de nuevo en vigor el 15.10.1836. La R. O. de 23.12.1838 aclaró que la Ley y Ordenanzas de aplicación en aquélla época, habían de ser las Generales de los Montes de 1833.

En las *Ordenanzas generales de Montes de* 22.12.1833 se da ya como supuesto el concepto de "montes de propios y comunes de los pueblos", cuya administración se encomienda a los Ayuntamientos, señalándose, además, que sus productos deben aplicarse a beneficio de los mismos propios y vecindarios (art. 13). En cuanto a los que de esta clase ni tuvieran arbolado ni fueran aptos para criarlo, se mandó que se entregaran, desde luego, por la recién creada Dirección General de Montes a los Ayuntamientos para incorporarlos a las otras fincas de su pertenencia respectiva, sin posterior sujeción a la Dirección (art. 19).

La *R. O. de* 24.2.1838, impuso una grave prerrogativa en favor del Estado al disponer que debían considerarse montes del Estado todos los que disfrutaban el común de los pueblos, mientras que éstos no presentaran los documentos justifica-

---

(24) Esta regla "debe entenderse en el sentido de que los usos o títulos... para que no se subasten los pastos sobrantes, de sus montes, deben estar reconocidos previamente para una competente declaración administrativa, en virtud de los que tales predios sean considerados de aprovechamiento común, y dada tal declaración, si hubiere sobrante de pastos, deberá subastarse como se dispone en el artículo 35 de la R. O. de 8.5.1884 (R. O. 25.6.1903, publicada en el *Diccionario* de ALCUBILLA, 7.ª ed., t. II, pág. 524).

tivos de su propiedad "en razón a que los pueblos... han solido apropiarse muchos de los de realengo".

La *R.O. de* 20.11.1841 dictó disposiciones para la conservación y repoblación de los montes y dehesas de propios y comunes.

La *R.O. de* 1.9.1860 en sus artículos 19, 20 y 21, al regular los aprovechamientos de los montes municipales, mantuvo el principio de respeto a los antiguos usos vecinales que, no obstante, debían quedar sometidos a las reglas de policía que para regular dichos usos dictasen el Gobierno y los gobernadores de provincia.

La *R.O. de* 4.6.1862, invocando la R.O. anterior, que aplica en una serie de casos concretos, sienta la doctrina de que:

> 1.º) Deben respetarse en toda su integridad los usos legítimamente establecidos y plenamente acreditados en cada localidad, para el aprovechamiento de los montes, pudiendo sólo alterarse o impedirse cuando no sea posible ejercitarlos sin destruir la riqueza misma que los pueblos disfrutan.
>
> 2.º) Los Gobernadores no pueden dictar providencia alguna que cause novedad en el aprovechamiento, según de antiguo estuviese establecido, sometiendo a subasta el que se haya celebrado siempre sin este requisito, o introduciendo ninguna otra alteración, sino sólo regularizar el uso con medidas de mera policía.

Ley de 24 *de mayo de* 1863.

> *Art. 9.* Subsistirán en los montes públicos las servidumbres así como los aprovechamientos vecinales que existan legítimamente, cuando ni las unas ni los otros sean incompatibles con la conservación del arbolado. Si lo fueren, cesarán o se regularizarán cuando haya posibilidad de esto último, a juicio del gobierno, teniendo presente las condiciones locales e indemnizando previamente a los poseedores en los casos en que la justicia lo exija. El Gobierno declarará la incompatibilidad de aquellas servidumbres y aprovechamientos, previa la instrucción del oportuno expediente, en el que se hará constar el informe facultativo del ingeniero de montes de la provincia y del perito que podrán nombrar los interesados. Contra las resolu-

ciones que en su día adopte la Administración, podrá intentarse el recurso contencioso.

Art. 10. No se permitirá por razón alguna en los montes públicos, corta, poda ni aprovechamiento de ninguna clase, sino dentro de los límites que al consumo de sus productos señalen los intereses de su conservación y repoblado. Exceptúanse los aprovechamientos absolutamente necesarios, a juicio del Gobierno, para los vecinos de los pueblos que tengan derecho a disfrutarlos.

Reglamento de 17 *de mayo de* 1865.

Art. 72. Las cuestiones que se susciten sobre subsistencia o no subsistencia de servidumbres y aprovechamientos vecinales en los montes de carácter público, se examinarán y resolverán por la Administración, sin perjuicio de lo que a falta de conformidad de las partes, juzguen y fallen los Tribunales.

Art. 73. Cuando la servidumbre constituida a favor de particulares o Corporaciones no sea objeto de cuestión, y, sin embargo, se considere incompatible con la conservación del arbolado de un monte público, el Gobierno podrá declarar la incompatibilidad, indemnizando previamente al poseedor si lo exigiese.

Art. 74. La incompatibilidad de las servidumbres y aprovechamientos vecinales, sólo podrá declararse por el Gobierno, cuando se probase, con audiencia de los interesados, que aun regularizados de un modo o forma distinta, son inconciliables con la conservación del arbolado.

Art. 75. Para que haya lugar a la indemnización de que trata el articulo precedente, es necesario que la servidumbre o disfrute vecinal se funde en algún título legítimo de los que reconoce el derecho. En los demás casos, sólo teniendo presente circunstancias de localidad y razones de que únicamente puede ser apreciador el Gobierno, podrá otorgarse la indemnización.

Art. 77. Si el monte no sufriese ningún perjuicio por la continuación de la servidumbre o aprovechamiento, reconocidos como legítimos, se respetarán éstos mientras los que estén en posesión del disfrute no consientan voluntariamente en su extinción y convengan con el dueño del monte en la indemnización que hayan de percibir.

Art. 81. Los montes de los pueblos ... serán administrados bajo la vigilancia de la Administración superior, por los Ayuntamientos ... con arreglo a la Ley municipal.

> *Art. 94.* Todo aprovechamiento de productos forestales se adjudicará precisamente en subasta pública. Se exceptúan sólo de esta disposición: ... 2.º Los productos de todo monte público que, en virtud de usos o títulos legítimos reconocidos por la Administración, estén considerados como de aprovechamiento vecinal (24).

El R.D. de 28.11.1883 encomendó al Ministerio de Fomento la administración de los montes exceptuados de la desamortización por el concepto de aprovechamiento común y dehesas boyales. La ley de Reforma Tributaria del 30.8.1896 traspasó estas facultades al Ministerio de Hacienda; medida que, poco viable, perdió por si misma su propia eficacia, habiéndose devuelto la competencia al Ministerio de Fomento por el R.D. de 5.6.1921.

CAPITULO SEPTIMO

NATURALEZA JURIDICA

I.—Planteamiento tradicional: Titularidad alternativa.

II.—Titularidad histórica: El común de los vecinos. Su descomposición.

III.—Titularidad concurrente del Municipio y de los vecinos.

IV.—La titularidad de los vecinos.

V.—Su naturaleza.

VI.—El derecho del Municipio: Naturaleza.

VII.—Interconexión de los derechos del Municipio y de los vecinos.

VIII.—Bienes comunales típicos y atípicos.

I. PLANTEAMIENTO TRADICIONAL: TITULARIDAD ALTERNATIVA

Cuando la doctrina estudia el problema de la naturaleza jurídica de los bienes comunales, lo hace desde la perspectiva de su titularidad dominical, colocándose ante una alternativa bien sencilla —los bienes comunales o son propiedad del Municipio o son propiedad de los vecinos—, cuyas dos soluciones posibles han encontrado apoyo en los autores (1).

A) *Los bienes comunales pertenecen a los vecinos.*

Esta tesis —defendida ordinariamente por los historiadores, tal como hemos tenido ocasión de examinar— encontró también fácil acogida desde el punto de vista dogmático: CAETANO, BONNARD y con reservas ROYO-VILLANOVA y GARCÍA OVIEDO.

Igualmente ha sido recogida en algunas leyes, aunque bien raras por cierto. LORENTE SANZ entendía ser éste el criterio de la Ley Municipal de 1935, desde el momento en que su enajenación precisaba el referendum de los vecinos, exigencia que no podría explicarse —según él— de no venir atribuída a ellos su propiedad (2). Por otra parte, este principio fue consagrado rotundamente en la Base veinte de la Ley de Reforma agraria de 15 de septiembre de 1932, al declarar

---

(1) Para un resumen y exposición de estas doctrinas, véase GUAITA, *Régimen jurídico administrativo de los montes*, 2.ª ed., 1956, págs. 225 y sigs.

(2) "Este precepto, contenido en la Base XVII de la Ley de Bases, tenía un sentido restrictivo, como si quisiese referir la titularidad de tales bienes a los vecinos y no a la Corporación". "Enajenación de bienes municipales", en *Revista de Estudios de la Vida Local,* núm. 7, 1943, pág. 5.

que los bienes rústicos municipales *pertenecían "a la colectividad de los vecinos* de los Municipios, entidades locales menores y asociaciones y mancomunidades".

La jurisprudencia ocasionalmente también ha mantenido esta tesis en algunas resoluciones. Así la R.O. de 9.5.1881 niega al Ayuntamiento facultades para ceder bienes del común, *de los cuales es sólo administrador* y la sentencia de 24.2.1911 caracteriza a los bienes comunales en "que su aprovechamiento sea libre y gratuito entre todos los vecinos de los pueblos, *cuyo es el dominio*". Aunque bien es verdad, tales afirmaciones, no obstante su interés, son, como puede apreciarse, un tanto marginales, simple *obiter dicta* (3).

B) *Los bienes comunales son propiedad del Municipio.*

Esta tesis, que es general en la doctrina, parece estar avalada por la legislación vigente. "Son bienes patrimoniales —dice el art. 5,1 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales— *los que pertenecen a las Entidades locales...*" Y en el número siguiente se incluye entre los patrimoniales a los comunales (4).

El Tribunal Supremo parece partir ordinariamente de este supuesto, sin que falten sentencias en las que más o menos rotundamente así se declare: "acreditando el Ayuntamiento la propiedad que tenga el pueblo en el terreno" (s. 26.3.1883), "propiedad de los pueblos" (s. 19.2.1870), "el Ayuntamiento reclamante acredite la propiedad que tenga el pueblo" (s. 11.1.1877), "probado el dominio y posesión del Ayuntamiento"

---

(3) Aún podría citarse un repertorio de sentencias bastante amplio que niegan la propiedad del Municipio para atribuírsela a los vecinos. Ahora bien, en ellas, como se verá más adelante, no se trata de bienes comunales típicos, sino de bienes de *propiedad particular* de los vecinos. Esta precisión es muy importante porque, a veces, la doctrina, sin percatarse del todo de la existencia de este tipo especial de bienes, suele tachar de confusionismo a una jurisprudencia que es aceptablemente clara, y cuya diversidad de actitudes depende de ordinario de la diversidad de supuestos que contempla.

(4) Téngase presente, sin embargo, que la Ley de Régimen Local, aunque también inequívoca, se manifiesta de una manera mucho más prudente.

(s. 11.11.1889), etc., etc. Sin que, por lo demás, se haya hecho aquí tampoco conscientemente cuestión del problema, tratándose, en suma, también de *obiter dicta.*

II. TITULARIDAD HISTORICA: EL COMUN DE LOS VECINOS. SU DESCOMPOSICION

El planteamiento indicado dista mucho de ser convincente,y ya es bastante argumento en contra el que aun no haya logrado dar con una solución definitiva. Se impone, pues, una corrección de fondo.

Si examinamos con cierta altura histórica la cuestión de la titularidad de los bienes comunales, podemos comprobar que hasta tiempos relativamente recientes —casi inmediatos— a quien verdaderamente se imputan no es ni al Municipio ni a los vecinos, sino al *común de vecinos.*

Bienes comunales son, como su raíz semántica indica, los bienes del común. "Común de vecinos", "común de los pueblos", o "común "a secas, son expresiones muy antiguas, que aun se mantienen en el siglo XIX, aunque para entonces ya hayan perdido su sentido jurídico; y todavía el Estatuto Municipal de 1924 atribuía los bienes comunales "al común de vecinos" (5).

Al estudiar en los capítulos anteriores la evolución de los bienes comunales durante la Edad Media ha quedado

(5) A este respecto, GUAITA, después de advertir que el común de vecinos "es precisamente la expresión que suele usar el Tribunal Supremo para designar a los comunales", añade más adelante, comentando el artículo 310 del Estatuto municipal: " a la frase común de los vecinos creo que no puede darse más alcance que si en la Ley del Patrimonio Nacional se dijera que aquellos bienes que lo integran pertenecían al común de los españoles, ¿no es exacto que pertenecen realmente al común de los españoles, como los comunales pertenecen al común de los vecinos?" *Régimen jurídico-administrativo de los montes,* cit., notas de las págs. 226 y 232.

probada suficientemente la titularidad vecinal. Y la razón de que el titular no pudiese ser el Municipio es bien clara: éste surge cronológicamente varios siglos después de que llevaran existiendo los bienes comunales.

Por otro lado, tampoco es lícito identificar al común de vecinos con los simples vecinos: aquél es algo más que la simple suma aritmética de éstos. Como señala PUIG BRUTAU (6), cuando media el interés de un grupo social "se trata de algo más que de la mera suma de los intereses correspondientes a dos personas físicas, pues ha de ser protegido el interés superior de un grupo social, considerado como tal grupo".

A nuestro modo de ver, común de vecinos o común de los pueblos es una expresión intraducible, sin correlativo exacto en la terminología jurídica moderna, y que sólo puede ser entendida a la vista de la evolución del Municipio, arriba explicada.

En un principio servía para designar la agrupación social de los vecinos que, sin llegar a estar dotada de personalidad jurídica, era titular de derechos y obligaciones diferentes de los vecinos individualmente considerados.

En esta fase, la identificación entre el común de los vecinos y sus bienes es absoluta y perfecta: todos los bienes cuya propiedad no se encuentre individualizada pertenecen al común (constituyendo el ejemplo paradigmático de la propiedad en mano común). Se trata de una ecuación bien sencilla:

común de vecinos = bienes comunales.

Pero con el transcurso del tiempo este equilibrio se vuelve inestable, y ambos miembros de la ecuación experimentan una evolución, que habría de descomponer su unidad primitiva en una pluralidad de elementos: el común de vecinos es rechazado por la técnica romanista, en cuanto carente de

(6) *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, 1953, pág. 253.

personalidad, y sustituido por el Municipio en cuanto personalidad jurídica. Por otro lado, y correlativamente, los bienes del Municipio, dejan ya de ser bienes comunales para convertirse en bienes municipales, que se diversifican en varias clases. Veamos primero esto último.

Al cabo de los años, dentro de la primitiva masa indiferenciada y cualitativamente homogénea de bienes del común, empiezan a distinguirse dos categorías diferentes: mientras que unos son utilizados por los vecinos, *uti singuli,* en su beneficio particular e individual (hierba para sus ganados, leña para sus hogares), otros se destinan a la satisfacción de las necesidades colectivas, de la colectividad en cuanto tal (madera para la construcción de la Iglesia, piedra para las calzadas y fuentes públicas). Estos últimos bienes adquieren una importancia inusitada al ir creciendo las necesidades colectivas y, más aún, al transformarse las condiciones económicas de la vida. La madera y la piedra ya no se emplean directamente en las obras, sino que se enajenan, y su precio, en vez de ser repartido entre los vecinos, se dedica a sufragar las obras y demás gastos colectivos. Así tenemos ya, pues, perfectamente diferenciadas las dos categorías o grupos de bienes que, al margen de los de dominio público, se mantienen en la actualidad: los afectados a las necesidades colectivas (de propios) y los afectados a las necesidades individuales de los miembros de la colectividad (comunales o de aprovechamiento común).

Esto por lo que se refiere al segundo miembro de la ecuación aludida (los bienes). En cuanto al primer miembro (el común de vecinos), también habría de sufrir, como se ha dicho, una transformación: la realidad social del común de vecinos es desconocida por el derecho romanizado y substituida por un concepto jurídico, por una *universitas* o *persona ficta* —el Municipio—, tal como hemos explicado con algún detalle en los Capítulos anteriores.

Tal transformación había de enturbiar considerablemente las relaciones entre los bienes y su titular. Por lo pronto —y

aquí no hay problema— el Municipio se identifica inmediatamente con los bienes llamados de propios, puesto que éstos se destinan, al fin y al cabo, a satisfacer las necesidades de aquél. En este punto se funden las cuestiones de afectación y titularidad: el beneficiario es el propio titular.

Pero si los bienes de propios no son todos los antiguos bienes del común, ¿qué sucede con los restantes?, ¿a quiénes se imputan los bienes de aprovechamiento común? En ellos el desequilibrio es inevitable por cuanto mientras que el segundo miembro se ha descompuesto en dos elementos (bienes de propios y bienes comunales), el primer miembro ha sido sustituido por un solo elemento (Municipio, sucesor del común de vecinos) que, además, sólo cubre a los bienes de propios.

En esta tesitura, la solución más fácil es imputar los bienes de aprovechamiento común a los vecinos (7).

El razonamiento parece correcto y, manejado por el racionalismo del siglo XVIII, se desarrollaría prácticamente por el liberalismo económico, mediante la parcelación y distribución de los bienes de aprovechamiento común entre los vecinos.

En la actualidad, no obstante, esta tendencia se rechaza de un modo absoluto, puesto que nunca puede considerarse a los vecinos individualmente como sucesores del común de vecinos: éste es *algo más* que los intereses de los vecinos, y por eso pueden considerarse como una defraudación al interés colectivo los repartimientos que se hicieron durante el siglo pasado en tal concepto.

---

(7) Ya que si (como hemos apuntado en el capítulo V)
común de vecinos = Municipio + vecinos,
y
bienes del común de vecinos = bienes de propios + bienes de aprovechamiento común,
y
Municipio = bienes propios,
habría que concluir que:
vecinos = bienes de aprovechamiento común.

Por lo pronto ya *es un error pretender identificar a todo trance la cuestión de los beneficiarios y la de la titularidad dominical*, que son muy diferentes. El que los vecinos individualmente sean los beneficiarios de los aprovechamientos no quiere decir necesariamente que sean los propietarios de los bienes, por más que así sea el caso del Municipio respecto de los bienes de propios.

Además, tampoco puede afirmarse que los vecinos o el Municipio separadamente puedan considerarse como sucesores del común de vecinos. Si queremos llegar al fondo de las cosas, hay que reconocer que el común de vecinos ante el impacto de la doctrina romanística se descompuso en *dos* elementos, que en ningún caso es posible desconocer (8): el Municipio *y, además,* los vecinos individualmente considerados.

En su consecuencia, al margen ya de los bienes de propios, podemos partir ahora de las siguientes afirmaciones:

— la titularidad histórica de los bienes comunales correspondía al común de vecinos.

— en la actualidad, el disuelto concepto social del común de vecinos ha sido sustituido por los conceptos jurídicos del Municipio y de los vecinos.

— por lo tanto, *ni el Municipio ni los vecinos pueden ser considerados como titulares exclusivos de las relaciones jurídicas (de dominio y de aprovechamiento) que se refieren a los bienes comunales.*

Un estudio moderno de la naturaleza jurídica de los bienes comunales ha de consistir, pues, en un análisis del papel que en los mismos juegan el Municipio, por un lado, y los vecinos, por otro.

---

(8) El ejemplo del Municipio y de los bienes de propios no es un argumento en contra, porque los vecinos son los componentes personales del Municipio, por más que éste constituya una persona jurídica distinta.

III. TITULARIDAD CONCURRENTE DEL MUNICIPIO Y DE LOS VECINOS

Pero antes de entrar en el análisis separado de estos dos elementos debemos afrontar una cuestión previa: ¿cómo se articula la respectiva titularidad —sea cual sea, eso ya lo veremos luego— del Municipio y de los vecinos?

Frente al planteamiento tradicional de la titularidad alternativa ("o" el Municipio "o" los vecinos), sostenemos la existencia de una titularidad simultánea —tal como queda dicho— y *concurrente:* El Municipio "y" los vecinos.

Autores como FERNÁNDEZ DE VELASCO (9) y GARRIDO FALLA (10) y algunas sentencias del Tribunal Supremo han expresado ya, más o menos conscientemente, la conexión esencial que media en este punto entre el Municipio y los vecinos. Pero quien logró dar forma a esta doctrina fue la Dirección General de los Registros y del Notariado, quien en su célebre Resolución de 3 de junio de 1927 sustituyó la tesis de la titularidad alternativa por la titularidad concurrente, integrando así los elementos descompuestos al disolverse el antiguo común de vecinos:

> "Como un reflejo o supervivencia de antiguas organizaciones sociales cuyos beneficiosos resultados sirven de orientación a la técnica jurídica actual, los bienes comunales, y entre ellos las dehesas boyales, son tipos de propiedad corporativa en los

---

(9) "Sobre la naturaleza jurídica de los bienes comunales", en *Revista de Derecho Privado,* 1928, págs. 66-76.

(10) Este autor, aun reconociendo la titularidad del Ayuntamiento, ha dado recientemente un nuevo giro al problema, afirmando que "la discusión, ya definitivamente superada desde el punto de vista jurídico, entre titularidad de los vecinos y titularidad del Ayuntamiento, viene a sustituirse por esta otra: ámbito y limites de ejercicio de la potestad reglamentaria de los Ayuntamientos sobre los bienes comunales". "Sobre los bienes comunales", en *Revista de Estudios de la Vida Local,* núm. 125, 1962, pág. 684.

que *las facultades correspondientes a los vecinos o habitantes de un pueblo, lugar o parroquia, limitan y completan los derechos dominicales del Municipio,* hasta el punto de haber sostenido que son cosas cuyo dominio no pertenece a nadie, verdaderos complejos de relaciones jurídicas surgidas de la convivencia y vecindad, situaciones económicas en cierto modo independientes de los vínculos administrativos y, por lo que al derecho provocado toca, bienes que no pertenecen a una persona moral ni a varios sujetos pro-indiviso" (11).

De esta manera nos encontramos —siguiendo la terminología de GARCÍA GRANERO (12)— no ante una cotitularidad en sentido estricto o titularidad plural o compuesta, sino ante una titularidad compartida, es decir, una titularidad que viene atribuida de modo diverso entre partícipes cualitativamente diferentes o, si se quiere, una concurrencia de pretensiones jurídicamente distintas sobre un mismo objeto.

IV. LA TITULARIDAD DE LOS VECINOS

Iniciando por la de los vecinos el estudio de estas titularidades concurrentes, dos cuestiones deben examinarse aquí por separado: una, el análisis de las facultades que corresponden a los vecinos, y otra, el modo como se articulan entre sí tales facultades.

En efecto, no basta saber el contenido de la relación que une a cada vecino con el bien comunal; tratándose, como se trata, de varios sujetos independientes, ha de determinarse primero el vínculo que une a todos ellos entre sí.

(11) Uno de los argumentos legales en que se apoya esta resolución se encuentra en el artículo 310 del Estatuto Municipal de 1924, ya citado, conforme al cual, "constituyen el patrimonio municipal el conjunto de bienes, derechos y acciones que pertenecen a un Municipio, al *común de sus vecinos,* o a establecimientos municipales".

(12) "Cotitularidad y comunidad", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 1946, pág. 146.

En este punto, la técnica jurídica nos ofrece dos soluciones posibles: los derechos de los vecinos entre sí pueden formar una comunidad de tipo germánico o de tipo romano (13).

A) Comunidad en mano común.

No vamos ahora a estudiar este tipo de comunidad: sobre el tema existe una abundante literatura española y extranjera, a la que nos remitimos (14). Lo que importa considerar es que muchos autores tanto españoles (De Diego, Florez de Quiñones, Ossorio Morales, Roca Sastre, García Granero) como extranjeros (Ruggiero, Ferrara), así como la Dirección General de Registros (Resolución de 8.7.1933) y el Tribunal Supremo (s. 10.3.1962), conscientes de la imposibilidad de encajar los bienes comunales en un tipo comunitario romano, han acudido para explicarles a esta variedad germánica, cuya existencia se justifica precisamente por la enorme antigüedad de los bienes, anteriores normalmente a la época de la recepción del derecho romano.

García Granero, el más explícito, sostiene que en los aprovechamientos comunales de pastos concurren todas las características propias de la mano común, a saber: a) los su-

---

(13) El sistema queda con ello conscientemente simplificado en aras de la claridad. Naturalmente, son posibles otras soluciones. La más importante de ellas podría ser la antigua propiedad común asociacional *(genossenschaftliches Gesamteigentum)*: Las facultades dominicales se encuentran aquí repartidas entre la totalidad de los miembros, por un lado, y dichos miembros considerados individualmente, por otro. La totalidad de los miembros tiene fundamentalmente el derecho de disposición; los miembros en particular gozan fundamentalmente del aprovechamiento (cfr. Planitz, *Principios de Derecho privado germánico*, trad. esp., 1957, págs. 103-104). Esta tesis es sugestiva, ciertamente, y hubiera podido sin dificultad intentarse su aplicación al régimen de los bienes comunales en su fase de imputación al común de vecinos; pero ahora rebasa el marco de la titularidad que estamos estudiando, que se refiere solamente a uno de sus aspectos, el vecinal.

(14) Entre los españoles son de particular mención, además de García Granero, en su trabajo citado, Beltrán de Heredia, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, 1954, págs. 77 y sigs.

jetos que disfrutan dichos pastos colectivos suelen, por regla general, estar unidos por un vínculo de carácter personal (relación de vecindad); b) el número de titulares es indeterminado y variable, de tal forma que el disfrute de los aprovechamientos se hace sin delimitación precisa, faltando la idea de cuota, al menos en el sentido romano del término; c) la ausencia de cuotas provoca la inalienabilidad; d) e incluso la intransmisibilidad de las mismas a los herederos, ya que se rige por normas especiales y no por las normales hereditarias; e) la comunidad es indisoluble (15).

Por su parte, la doctrina de la citada Resolución de la Dirección General se concentra en los siguientes considerandos:

> Considerando que no obstante la ambigüedad terminológica que se advierte en la escritura..., se pone de relieve la dificultad de encajar la situación real en que se encuentran los derechos sobre las fincas... en los dos tipos de comunidad antes señalados *(condominium iuris romani* y *condominium juris germanici)*, ya que ni la *circunstancia de que la copropiedad de tipo germánico sea reconocida en nuestro Derecho en los casos de propiedad comunal*, entre otros..., puede estimarse bastante para establecer la figura de la comunidad, básica en la discusión, mientras los Tribunales no hayan fijado con claridad el alcance de las expectativas o derechos que existan a favor de los vecinos interesados.

En cuanto al Tribunal Supremo, la sentencia de 10 de marzo de 1962, cuyo contenido dogmático es de un gran valor, afirma:

> ... debiendo ser objeto de consideración, por otra parte, la distinción funcional entre los bienes de propios y los bienes de aprovechamiento común, que se basa en el fondo económico del derecho que se dibuja en la relación jurídica de la propiedad, puesto que los *comunales, ejemplo supérstite de la antigua*

(15) Ob. cit., pág. 616.

propiedad colectiva (gesamte Hand), pertenecen a la comunidad, y al Concejo en su representación.

No faltan sin embargo voces muy autorizadas que se han alzado en contra de esta opinión, como las de BLETRÁN DE HEREDIA (16) y CASTÁN (17), quien sistemáticamente estudia los aprovechamientos comunales de pastos y leñas en un epígrafe titulado "Comunidades que se aproximan al tipo de la comunidad germánica".

Nótese, en todo caso, que los autores favorables a la admisión de esta forma de cotitularidad, la refieren al conjunto de los derechos que se ejercen sobre los bienes comunales, es decir, tanto los que se imputan al Municipio como a los vecinos, mientras que, conforme a la tesis que se desarrolla en el texto, ahora nos estamos refiriendo únicamente a la cotitularidad que articula los derechos de los vecinos entre sí, no los derechos de los vecinos y del municipio que, como se ha dicho, no constituye una cotitularidad *strictu sensu*, sino un titularidad compartida.

---

(16) "Podemos afirmar que en el ordenamiento jurídico español, influido por los principios individuales de la época de la codificación civil, no se recogió la forma de comunidad germánica o en mano común, inspirada en los principios colectivistas típicos de todo el Derecho germánico..., y se limitó a regular la comunidad de tipo latino... Existen, ciertamente, algunos casos especiales de comunidad en nuestro Derecho, a cuyas disposiciones especiales se remite el artículo 392, en su párrafo 2. Dichas normas reflejan la especialidad que da razón de ser a aquellas comunidades. A causa de ello, presentan particularidades de un cierto parecido, más o menos lejano, con el tipo de comunidad en mano común; pero en modo alguno pueden considerarse como especies de ésta, ni en cuanto a la justificación de la especialidad, ni en cuanto a su regulación privativa en concreto. Los intentos de acercamiento con la comunidad germánica son, en nuestra legislación, forzados en la mayoría de los casos. Suponen un afán de introducir en nuestro sistema legislativo unos moldes alemanes, perfectamente elaborados, si se quiere, pero que responden, en cuanto a espíritu informador, a unos principios totalmente opuestos con los del Derecho español" (*La comunidad de bienes...*, cit., pág. 111).

(17) *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 7.ª ed., 1957, páginas 318 y sigs.

B) Comunidad romana por cuotas.

Si todas las propiedades comunitarias germánicas se caracterizaban por tener el acento de su contenido en el aprovechamiento o disfrute de la cosa, infravalorando el otro típico contenido de la propiedad —el derecho a disponer—, la idea de la copropiedad romana en su aparición histórica (18) significó: 1. el triunfo definitivo de la idea de cuota individual en la comunidad de bienes, y 2. el acento respecto al contenido de la propiedad en común se carga ahora, no en el aprovechamiento —idea comunitaria—, sino en el *ius disponiendi* —idea individual—. Antes, pues, para la economía rigurosamente agraria, en el valor en uso de la tierra común; ahora —en el albor del pequeño mercantilismo y de la propiedad libre de las ciudades— en el valor de cambio. Más aún, al triunfar estas ideas, se ve en las formas comunitarias, formas híbridas, enfermas, del dominio, y se postula una desaparición por entenderlas como *mater rixarum*.

La comunidad romana representa una forma técnica adaptada a la protección de intereses puramente individuales, aunque incidentalmente se hallen en situación de cotitularidad. El interés del grupo ya se ha perdido, por lo que en lugar de la protección de los intereses comunes adquiere relieve la protección del interés de cada titular mediante los derechos a disponer de su cuota indivisa y de ejecutar la acción de división (19).

El conflicto dogmático surge ante la imposibilidad de encajar los bienes comunales en los moldes romanos, manifiestamente inadecuados. Y sin embargo, era tal el prestigio de las construcciones romanas que, como ocurrió con tantos institutos jurídicos (piénsese en la *Gewere* y la *possessio,* el

---

(18) Pero no en Roma, donde, naturalmente, encajaba en la estructura del *dominium,* sino en los comienzos de la Baja Edad Media europea occidental, época de la Recepción.

(19) Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil,* III, págs 253 y siguientes.

feudo y las construcciones del dominio directo y útil, etc.), se acomete este intento. De esta manera van apareciendo las doctrinas del *condominium plurium in solidum*, de la *societas*, de la *universitas* (20) y del *condominium* por *partibus indivisis*. El fracaso de estos intentos fue total y sus consecuencias se potenciarían al pasar a los Códigos modernos, donde habían de producir una enorme equivocidad y confusión, que sólo posteriores trabajos orientados históricamente han podido reparar en parte.

Por lo que a nosotros afecta, el principal efecto de la Recepción fue el acatamiento de la doctrina —ya que la práctica y la costumbre seguirían viviendo de las concepciones germánicas— a la distinción romana entre *propietas* como señorío ilimitado y *iura in re aliena* (21). Lo cual a la larga

---

(20) Cfr. MITTEIS, *Deutsches Privatrecht*, 1959, pág. 40, y PLANITZ, ob. cit., pág. 104.

(21) A lo largo de esta obra se insiste reiteradamente en los efectos de la recepción del Derecho romano sobre la dogmática de los bienes comunales; lo cual implica una valoración del gran fenómeno cultural conocido con el nombre de la Recepción que debe ser matizado aquí, de una vez por todas. La Recepción no supuso la aniquilación brusca de los derechos nacionales —de raíz germánica en mayor o menor proporción— ni tampoco la radical sustitución del Derecho vigente por el romano. Esta es una idea demasiado simplista, que los autores modernos rechazan sin vacilar. Como ha señalado WIEACKER (*Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, 1957, págs. 90-91), "la recepción jurídica es un caso especial de intercambio civilizador: la admisión de partes principales o esenciales de un ordenamiento jurídico extraño por un pueblo, sin haber sido éste sometido o dominado por otro"; con la advertencia —y aquí llega la revisión de la idea tradicional— "de que toda recepción es, al mismo tiempo —como todo proceso metabólico— una *asimilación*: un pueblo sólo puede, sin dejar de vivir, aceptar un derecho extraño, cuando lo hace parte integrante de su propia vida y pensamiento". Así pueden explicarse los intentos doctrinales de armonización de técnicas distintas, que se indican en los últimos párrafos del texto, y cuyo ejemplo más evidente es el desarrollo y aplicación de la teoría de la persona jurídica, apenas entrevista en el derecho profano justinianeo. La oposición entre el Derecho romano "colonizante" y los derechos nacionales se desarrolló durante toda la Edad moderna en unos cauces que pueden considerarse normales; y España fue precisamente un país de tensiones excepcionalmente suaves, debido a la recepción parcial y acomodaticia que habían supuesto las Partidas (cfr. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3.ª ed., 1955, pág. 166). Pero en el siglo XIX estalló súbitamente en Alemania una enconada "riña de profesores" y un exaltado grupo de germanistas empezó a considerar la Recepción "como una calamidad nacional, como una violación perpetrada por los

traería como consecuencia la absolutización de la idea romana de propiedad y la concepción de los derechos de las comunidades agrarias como reliquias condenadas a la desaparición. A lo más que se llegó fue a encuadrarlas en el concepto romano de servidumbre con todas sus graves consecuencias (presunción de libertad de cargas en el dominio, necesidad de título y de prueba, y exclusión de la prescripción como forma de adquirirlas) o a considerarlas como variedades censales de la propiedad.

En esta alternativa ¿qué solución es la más acertada?

Por lo pronto parece que debe descartarse la solución de la cotitularidad de tipo romano, ya que en nuestro caso no se da ninguna de sus características. Así parece reconocerlo también el Tribunal Supremo, que muestra, en consecuencia, una marcada preferencia por la otra solución —la mano común—, y que por lo que se refiere a una variedad atípica de los bienes comunales (los montes vecinales, que se estudiarán en el capítulo IX) ha producido en este sentido una jurisprudencia muy abundante y casi unánime. Si nos atenemos a los sistemas jurídicos tradicionales, hemos de aceptar, pues, que las diferentes titularidades vecinales se articulan entre sí bajo la forma de una cotitularidad de tipo germánico. Ahora bien, no es difícil prever que con el tiempo el Derecho Administrativo ha de desarrollar nuevas técnicas —ajenas al Derecho Civil— para explicar la naturaleza y actuación de los derechos corporativos o públicos de los entes administrativos, y en tal caso es muy posible que entre las mismas tengan

romanos en la infeliz Germania que causó la muerte del derecho propio de este país; como una especie de quiste extraño y maligno aparecido en el cuerpo del Derecho germano. Fue, para los que así piensan, el Derecho romano un veneno solapado que inficionó y contaminó el robusto organismo del Derecho alemán". (KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, trad. esp., 1955, pág. 224). Como acabamos de ver, este criterio es absurdo; pero debe tenerse presente que si hay algún sector que llegó a verse especialmente perjudicado por la Recepción, fue el agrario, ya que —como el mismo autor reconoce (pág. 231)— el Derecho romano carecía de fórmulas adecuadas a las complejas relaciones de los campesinos. En este sentido hay que entender, pues, las alusiones que se hacen a lo largo de esta obra al fenómeno de la Recepción.

encaje los derechos de que estamos tratando. Pero al margen de esta hipótesis, hoy por hoy, hemos de aceptar la cotitularidad en mano común dicha.

V. NATURALEZA

De la cuestión de la titularidad debe separarse, tal como se ha hecho, la de la naturaleza del derecho, de la que vamos a ocuparnos ahora. Esto parece obvio y, sin embargo,no suele hacerse así en este punto en razón al confusionismo existente (22). Recuérdese que en una primera observación se hizo notar que tanto el Municipio como los vecinos tienen alguna clase de derechos sobre los bienes comunales. El hecho de que los vecinos sean una pluralidad de sujetos nos ha obligado a estudiar con carácter previo la articulación entre ellos de su titularidad. Determinado esto, entrando en el segundo aspecto de la cuestión, vamos a ver ahora qué clase de derechos ejercitan realmente los vecinos sobre tales bienes.

Aquí, una vez más —tal como se hizo observar en las primeras líneas de este capítulo— nos encontramos con una serie de técnicas jurídicas que la Ciencia del Derecho ha ido aportando a través de los tiempos como posible solución al problema. La primera variedad de este repertorio es una

A) Propiedad especial cuyo contenido es el aprovechamiento.

La conocida frase de Josserand de que no se puede hablar de propiedad si no que hay que hablar siempre de propiedades, es una realidad tanto actual como histórica. Concre-

---

(22) Con toda precisión hizo ya Ossorio Morales esta distinción al tratar de las servidumbres de pastos, dando así un gran paso hacia la definitiva clarificación del problema: es la servidumbre de

tamente, la propiedad germánica primitiva, a diferencia del *dominium* clásico romano, tuvo un contenido esencialmente limitado. La facultad dispositiva del propietario quedaba limitada o flanqueada por los derechos de los restantes miembros de la *Sippe* o de la Marca. El derecho al pleno disfrute o aprovechamiento de la cosa es lo que constituía el contenido principal de esa propiedad (23).

He aquí, pues, un claro ejemplo de propiedad cuyo contenido es el aprovechamiento o disfrute, quedando anulada o esfumada la vertiente dominical del *ius disponendi*. En esta fase histórica de la propiedad germánica podría encajar la concepción de los bienes comunales como un derecho dominical especial, ya que su contenido esencial no es la disposición de los mismos, sino solamente su aprovechamiento o disfrute por los miembros de la comunidad.

B) Usufructo limitado en cuanto al objeto.

Otra posibilidad es la que nos encontremos, no ante un derecho dominical propiamente dicho, sino ante un simple usufructo (limitado en cuanto al objeto) o ante un derecho de uso.

Esta teoría ha encontrado siempre mantenedores entre los autores antiguos, quienes se negaban admitir en estos casos la existencia de un derecho de propiedad, por cuanto los ti-

---

pastos, cuyo titular puede ser una persona física o una pluralidad de sujetos, que se articulan en forma de comunidad, constituyendo lo que él llama "servidumbre de pastos ejercida en común" (*Las servidumbres personales*, cit., pág. 106).

(23) Planitz, ob. cit., pág. 101. Recuérdese a este respecto, además, que la capacidad de la persona en los derechos históricos no era algo inherente a ellos, sino algo derivado de su pertenencia a un grupo o *status* social. El individuo —como recalcan las modernas teorías corporativas— no era nada fuera de una familia, de un municipio o de un gremio, y de tal inserción derivaban sus derechos, tanto privados como públicos. De aquí que los aprovechamientos comunales pudieran ser considerados como un derecho de propiedad de los vecinos, cuyo contenido esencial es el aprovechamiento, y cuyo ejercicio sólo pudiera ser actuado a través de su representación.

tulares carecen de una facultad del mismo, reputada esencial: la de poner término al estado de indivisión (24).

Según ésto, la configuración de los bienes comunales se ajusta a un esquema bien fácil: la propiedad (nuda) corresponde al Municipio y el usufructo (o al uso) a los vecinos. Tal es la solución medieval de los comentaristas en su precisa distinción de titularidad *quoad dominium* y *quoad usum* (25).

C) Servidumbre personal o comunidad.

Mayor aceptación ha encontrado en la doctrina y jurisprudencia la tesis de que se trata de una servidumbre personal del artículo 531 del Código civil. Pero ésto no significa que haya unanimidad ni, mucho menos, precisión. Las servidumbres personales constituyen, como es sabido, en nuestro derecho una figura bastante confusa, con fronteras inciertas, entre el usufructo y la comunidad.

---

(24) Según Saredo (en *La legge sulla amministrazione comunale e provinciale*, VII, 2.ª ed., 1906, pág. 32) esta es la opinión de Proudhon (*Traité de l'usufruit*, núm. 3.242) y Curasson, *Code forestier* (I, 392) —quienes consideran más defendible la tesis del uso, como derecho "menor" que el usufructo— y una parte de la jurisprudencia italiana del siglo pasado. Pero, por otro lado, no hay que olvidar que en los Derechos de origen romano el derecho del usuario se ve limitado siempre a sus propias necesidades; lo que no es siempre el caso de los aprovechamientos vecinales.

(25) Cuestión distinta, pero que provoca una simple peculiaridad en el esquema del texto, es la de si entre el usufructuario (el común de vecinos) y el nudo propietario (el Municipio) se forma una comunidad. El Tribunal Supremo ha resuelto este problema en dos sentencias contradictorias (14.12.1898 y 5.6.1929), de valor doctrinal muy dudoso. Parece ocioso, además, recordar que esta situación es muy diferente de la que describe la Dirección General de Registros en su citada resolución de 1927. Volviendo a la cuestión del texto, según Koschaker (*Europa y el Derecho romano*, trad. esp., 1955, páginas 144-145, nota) esta solución es característicamente medieval, ya que tal figura no aparece en los mismos términos ni en el Derecho romano antiguo ni en el Derecho germánico: Se trata sencillamente de una doctrina postclásica que va minando el concepto clásico de la propiedad y que sirve de apoyo a la opinión de que el *ius in re aliena* debe ser concebido como un quantum de facultades divididas de la propiedad, como una propiedad, según ha logrado demostrar recientemente Vaucher, *Usufruit et pars domini*, 1940".

A OSSORIO MORALES se debe el esfuerzo definitivo por dar contornos precisos a esta figura, aislándola del usufructo, uso y habitación, tal como hace el Código civil (26). En el fondo, el motivo de esta confusión se debe a la tradición romanística que, pese a la letra del artículo 531 del Código civil (que separa tajantemente las servidumbres personales tanto de las reales como del usufructo, uso y habitación), siguió viviendo en el espíritu justinianeo, que consideraba a estas figuras dentro del género de las servidumbres personales. En la cuestión queda implicada, nada menos, que la propia existencia de las servidumbres personales, cuya naturaleza es sistemáticamente un tanto incongruente, como ha puesto de relieve TAMAYO (27), y que si aun subsisten es gracias a la letra del artículo 531. Precepto que formalmente sigue siendo aceptado, aunque substancialmente se prescinda con frecuencia de él y, en todo caso, se le considere muy incómodo (28).

Sea como sea, es un hecho indudable que estas servidumbres personales strictu sensu —como las ha calificado OSSORIO MORALES— existen en el derecho y en la realidad española, la jurisprudencia se ha ocupado de ellas reiteradas veces, y sus variedades más importantes son precisamente las de aprovechamientos de pastos y leñas instituídos en favor de

---

(26) *Las servidumbres personales,* 1936, en esp., págs. 17 y sigs.

(27) *El derecho real de servidumbre,* 1956, págs. 79 y sigs. Téngase presente, además, que en el Código civil francés se suprimió esta clase de servidumbres, al parecer con intención de borrar las resonancias feudales del concepto. El Código español, después de las referencias del art. 531, parece olvidarse completamente de ellas.

(28) Según TAMAYO (ob. cit., pág. 82), la sentencia de 6.10.1951 deja entrever claramente que la admisión de las servidumbres personales es como una "necesidad" impuesta por el respeto al articulado del Código, ya que, dice, "no hay términos hábiles para calificar de otro modo tal disfrute, por no existir en nuestra legislación la figura jurídica que pudiera, en su caso, atribuírsele", es decir, que si hubiera posibilidad de calificar de otro modo esos disfrutes, se suprimiría tal denominación de "servidumbres personales".

los vecinos de un pueblo (29); lo que nos coloca en el centro mismo de nuestro tema.

Pero en el momento de desarrollar esta figura vacila un momento la doctrina: ¿nos encontramos ante una servidumbre o, más bien, ante una comunidad? o, por emplear la terminología de GARCÍA GRANERO, ¿ante una cotitularidad o ante una titularidad compartida? El mismo Código civil da pie a esta confusión desde el momento en que parece barajar indistintamente los términos de comunidad y servidumbre, incluso dentro de un mismo artículo, concretamente el 600 (29 bis). Sin embargo, OSSORIO MORALES —frente a una corriente predominante (SÁNCHEZ ROMÁN, DE BUEN, VALVERDE, FLÓREZ DE QUIÑONES) que sostiene que se trata de una misma institución— ha deslindado perfectamente ambas figuras: "Por comunidad de pastos en sentido propio entendemos el caso en que diversos propietarios de fincas rústicas ponen en común los pastos de las mismas para utilizarlos en provecho de sus ganados... En cambio la servidumbre de pastos es el derecho concedido a una o varias personas de que sus ganados pasten en uno o varios predios ajenos... En el supuesto de que ese derecho corresponda a una pluralidad de personas en régimen de comunidad, tendremos la *servidumbre de comunidad de pastos o servidumbre de pastos ejercida en común*" (30).

---

(29) Para la distinción conceptual entre este tipo de aprovechamientos de los artículos 600 y sigs. del Código civil y el usufructo, cfr. TAMAYO, ob. cit., págs. 84 y 85.

(29 bis) Sea servidumbre o comunidad, lo cierto, en todo caso, es que el Código civil a la hora de caracterizar los bienes comunales, no lo hace desde el punto de vista objetivo de los mismos, sino desde la perspectiva de los derechos concurrentes. A nuestro entender, no hay que buscar los bienes comunales en el Código civil en los artículos 343 y 344 (capítulo "De los bienes según las personas a quien pertenecen"), sino en el artículo 601 (capítulo de "Las servidumbres voluntarias"): "La comunidad de pastos en terrenos públicos, ya pertenezcan a los Municipios, ya al Estado, se regirá por las Leyes administrativas". La caracterización, por lo demás, es intachable: una titularidad dominical del Municipio, una titularidad de goce de una comunidad (que puede ser de vecinos; no se olvide que el artículo 601 no contempla sólo bienes comunales) y una regulación administrativa (como subraya, además, el art. 550).

(30) *Las servidumbres personales*, cit., pág. 97. En las páginas

Esta última variedad es la que a nosotros nos interesa y, por suerte, se ha formado en su torno una copiosa doctrina jurisprudencial, cuyas matizaciones han desorientado a veces a los comentaristas —que han tachado con frecuencia de vacilante y contradictorio a nuestro más Alto Tribunal— quien, sin embargo, a nuestro modo de ver y salvo excepciones, da en este punto muestra de una sutileza extraordinaria en la recta valoración del caso concreto (31). Si el Tribunal Supremo califica en ocasiones estos aprovechamientos como servidumbres personales, y otras veces como comunidad, se debe precisamente, en la mayor parte de los casos, a que efectivamente aparecen figuras jurídicas distintas por más que a primera vista se trata de supuestos fácticos similares (32).

D) Dominio dividido.

Apurando lógicamente la oposición, o al menos separación, en el orden dicho, entre el Municipio y los vecinos, se desemboca en la llamada doctrina del dominio dividido.

---

siguientes se desarrolla la distinción entre estas figuras. Compárense ahora todas ellas con las del antiguo Derecho germánico (Planitz, *Principios de derecho privado germánico*, trad. esp., 1957, pág. 134): *jus compasculationis simplex;* los miembros de una asociación de marca u otra agraria tenían el derecho de apacentar conjuntamente sus ganados en los terrenos comunales; *ius compasculationis reciprocum o Koppelhut* o pastoreo recíproco: varios propietarios inmobiliarios se concedían recíprocamente el derecho de pastos; *ius compascendi o Mithut*: al propietario de la finca gravada le quedaba reservado el copastoreo. La llamativa analogía de estas figuras no es una mera curiosidad, sino consecuencia del inexorable arraigo popular que ellas expresan —aquí como allí— y que no ha sabido ser recogido por las legislaciones modernas racionalistas, ni aquí ni allí.

(31) Esta es ya la opinión de la mejor doctrina moderna. Así, Castán *(Derecho civil español*, IV, 7.ª ed., 1957, pág. 324): "La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido vacilante, pero, en definitiva, arroja luz diáfana sobre la distinción de que se trata", y, sobre todo, Ossorio Morales en su citada obra. Ambos autores han realizado un comentario y sistematización, que debe ser tenido muy en cuenta, de las sentencias dictadas a este respecto.

(32) Un análisis sistemático de esta jurisprudencia y de sus conclusiones se encuentra en el capítulo siguiente, epígrafe "Servidumbres", al que nos remitimos.

Esta construcción dogmática, orientada históricamente, parece desde luego correcta. Como ha dicho PLANITZ (33), es clarísima "la inextricable unión entre las ideas de señorío directo y útil, copropiedad y servidumbre".

Y en otro lugar hemos visto que —si no con la generalidad que pretenden algunos autores— en ciertos supuestos está rigurosamente comprobado el origen señorial de los aprovechamientos comunales.

Pero es que, aun prescindiendo de este origen señorial, la realidad española nos ofrece un elevado número de casos en los que por costumbre o pacto se ha llegado de hecho a una situación de dominio dividido, que con frecuencia degenera hacia formas extraordinariamente complicadas. El ejemplo más conocido es el de los baldíos de Alburquerque, en los que, como se ha visto, fracasaron los repetidos intentos de la Administración y del Tribunal Supremo por conseguir un cierto orden y fue preciso para lograrlo dictar una ley especial. Sin llegar a esos extremos, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de ocuparse de algunos casos muy claros de dominio dividido, a los que en ocasiones ha considerado como variedades de comunidad. Así en la sentencia de 9.3.1893, en que se trataba de unas fincas cuyo monte y arbolado correspondía a un particular y el derecho de siembra a los vecinos de un pueblo y a unas Capellanías. Planteándose una petición de retracto de comuneros, el Tribunal Supremo da lugar a él

> Considerando que aunque no haya comunidad en todos los disfrutes y aprovechamientos de una finca, no puede menos de reputarse como copropietarios de cosa común al que tiene el derecho de siembra y aquel a quien pertenece el arbolado, ya porque éste se halla adherido al terreno y no puede subsistir separado de él, ya porque los derechos de ambos dueños están relacionados y subordinados de tal manera que el uno en las operaciones de cultivo no puede hacer nada que redunde en menoscabo o detrimento de los árboles, ni es lícito al otro utilizar de ellos, impidiendo, entorpeciendo o perjudicando la explotación agrícola del suelo.

---

(33) Ob. cit., pág. 133.

Para casos similares posteriores el Tribunal Supremo ha llegado a la misma conclusión, si bien razonándola con más cautela. Así, "esos distintos disfrutes... sobre una misma cosa, si no constituyen una comunidad en el sentido del artículo 392 del Código civil, engendran una relación jurídica análoga entre los legítimos explotadores de la heredad que autoriza a reputarlos, a los efectos de retracto, dados los fines económicos de esta institución, como condueños o propietarios de una cosa común (ss. 2.7.1903 y 6.7.1920) (34).

Por otra parte, la doctrina —y la realidad— del dominio separado han encontrado en todo tiempo la sanción legislativa más rotunda: Desde la R. O. de 10. 11. 1852 y Ley de Montes de 1863 (art. 6, y 62-71 de su Reglamento de 17. 5. 1865) a la vigente Ley de Montes (art. 23 y 13-18 de su Reglamento de 22. 2. 1962).

E) Derecho público corporativo de aprovechamiento y disfrute.

Hasta aquí llevamos examinando cuatro figuras jurídicas mediante las que se ha pretendido explicar el contenido de la relación que vincula a los vecinos con los bienes comunales, sin que ninguna de ellas pueda considerarse como satis-

---

(34) Dogmáticamente, debieran considerarse, más bien, como "propiedades separadas que concurren sobre objetos que se encuentran en un estado de conexión física o material" (cfr. Castán, *Derecho civil...*, cit., t. IV, 7.ª ed., 1957, pág. 377). Sobre la sentencia de 9.3.1893 deben tenerse presentes las acertadas palabras de Puig Brutau (*Fundamentos de Derecho civil*, cit., III, pág. 279): "Ante la doctrina de esta sentencia, quien siga el método propio de la jurisprudencia de conceptos creerá que la averiguación de la naturaleza propia de la situación descrita permite llegar a la conclusión del resultado que admite la procedencia del retracto; pero, desde el punto de vista de una apreciación más realista de la naturaleza del razonamiento jurídico y de las necesidades que han de ser atendidas, creemos más acertado estimar que es la procedencia del resultado, admitido por razones de conveniencia general, de oportunidad y de política jurídica, lo que permite sentar aquella afirmación doctrinal que atribuye el carácter de copropiedad a la relación entre los dos titulares de los intereses en conflicto". Lo que explicaría así el giro de la jurisprudencia posterior.

factoria. La razón de esta insuficiencia dogmática se debe, a nuestro modo de ver, a un error de planteamiento. A la hora de determinar la naturaleza de esta relación, tanto los autores como la jurisprudencia han intentado realizarlo con categorías civilísticas —propiedad, servidumbre, usufructo— pasando por alto que lo esencial aquí no se encuentra en las analogías que puedan tener los derechos de los vecinos con figuras civilísticas ya formadas, sino en la naturaleza pública de este derecho.

El artículo 47 LRL, al ir describiendo los derechos y obligaciones que integran el *status* del vecino, enumera entre aquéllos el de "participar de los aprovechamientos comunales". Este precepto debe ser la base del tratamiento del problema que nos ocupa, abandonando de una vez la vía muerta de una rigurosa analogía con las categorías civiles aludidas, que hasta la fecha no han conducido a ningún resultado satisfactorio, sino que, más bien, han complicado la cuestión hasta extremos increíbles, que son la mejor prueba de la incorrección del método empleado.

Pues bien, sobre la base del artículo 47 LRL citado, podemos afirmar que nos encontramos ante un derecho público de naturaleza corporativa. Precisando más, ante un *derecho real administrativo* (35) *de goce*.

La calificación de *real* no precisa de una mayor discusión; pero sí es necesario aludir a unas peculiaridades que se desarrollarán en otro lugar (en el capítulo XII, epígrafe VIII):

a) El carácter ergaomnial de este derecho, cuando entra en conflicto con terceros, puede ser patrocinado, no sólo por

---

(35) Entendido en un sentido propio y general, y no en el peculiarísimo que desarrolla GONZÁLEZ PÉREZ en "Los derechos reales administrativos", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1957, página 145, donde, como es sabido, les considera como "derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público". Téngase presente que este autor no ha pretendido dar un concepto genérico de los mismos; ya en la página 156, a la hora de definirles, advierte: "los derechos reales administrativos, o *al menos los derechos reales que aquí interesan...*"

el propio particular interesado, sino por el Ayuntamiento, en cuanto representante o administrador de los intereses públicos peculiares de su territorio (art. 5 LRL.); lo cual es consecuencia del carácter público corporativo —ya señalado— del derecho, y de la circunstancia de que una disminución del patrimonio jurídico de cada vecino puede significar una disminución del patrimonio municipal y por tanto afectar al "interés público peculiar del territorio". *b)* cuando la colisión surge entre vecinos, la instancia competente es el Ayuntamiento, debido igualmente al carácter público-administrativo del derecho. *c)* Por tratarse de un derecho real, el vecino ostenta un poder directo sobre el bien comunal, en lo que se diferencia de aquellos otros derechos, que aun confiriendo al titular facultades de goce sobre bienes municipales (no comunales) no lo son con carácter real, sino frente al Municipio, al que imponen una conducta positiva o negativa que facilite tal uso (autorizaciones, por ejemplo).

En cuanto a su carácter *administrativo*, tampoco parece dudoso, dada la naturaleza de las normas en que se encuentra regulado (36). Por descontado que se trata de derechos públicos subjetivos (37), el examen de cuya problemática, sin embargo, no es propio de este lugar. En el sistema de Santi ROMANO aparecen clasificados en el grupo o variedad de los derechos públicos patrimoniales, ya que "por la propia naturaleza de las cosas se regulan siempre por normas de Derecho Administrativo" (38).

---

(36) La sanción legal de la existencia de normas de naturaleza administrativa se encuentra en el artículo 1.º de la Ley de lo contencioso-administrativo. Para una precisión dogmática, cfr. *ad exemplum*, como más importantes, GARCÍA DE ENTERRÍA, "Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario", en *Rivista trimestrale di diritto publico*, 1960, págs. 317 y sigs., y GARRIDO FALLA, *Dos métodos en el estudio de la Administración*, 1961.

(37) Conforme a la terminología consagrada y desarrollada primero por GERBER (*Ueber öffentliche Rechte*, 1852), y luego, de una manera ya clásica, por GEORG JELLINEK (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892) y SANTI ROMANO (*La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, en el *Primo Trattato* de ORLANDO, I, 1897, págs. 111 y sigs.). Véase también de este último autor, *Il Commune*, especialmente el capítulo X, en el tomo II de la misma obra, págs. 658 y sigs.

(38) *La teoria...*, cit., pág. 218.

La gran peculiaridad de estos derechos es que se derivan de la vecindad o de la condición de vecino, cuya naturaleza jurídica dista mucho de haber sido precisada en el Derecho Administrativo. En la literatura española los estudios sobre la vecindad se refieren fundamentalmente a la vecindad foral (39), dejando a un lado la vecindad propiamente administrativa, que es la que a nosotros nos interesa. "La verdad es —resumía a fines de siglo Santi ROMANO, y sus palabras siguen teniendo actualidad— que son inútiles cuantos esfuerzos se han hecho por comprender en una fórmula el contenido, tan vario, complejo y mudable de la ciudadanía"; y en la discusión en torno a si se trata de un derecho subjetivo o bien de una simple cualidad del individuo que le confiere la posibilidad y la capacidad de adquirir y ejercitar derechos, termina afirmando salomónicamente que se trata de "un estado o condición jurídica al que se tiene derecho" (40).

A nuestros efectos, podemos partir de la clásica definición de LABAND —derecho a participar en los beneficios de la comunidad (41)—, que debe, sin embargo, ser matizada en dos importantes direcciones: una, que estos derechos, evidentemente corporativos por lo que a la vida municipal se refiere, se encuentran mediatizados por una situación legal o reglamentaria que no emana de la Corporación sino del Estado (en España fundamentalmente en la Ley de Régimen Local y su Reglamento de Bienes); y otra, que el propio ordenamiento autolimita su extensión remitiéndose en muchos aspectos a una regulación consuetudinaria, por definición muy variada, con frecuencia de carácter no público y que, a la postre, puede conducir a una desarticulación de los derechos políticos deducidos directamente de la vecindad, y los derechos públicos reales administrativos dirigidos sobre bienes concretos, de los que ahora estamos hablando. Sobre esta

---

(39) Cfr., por todos, DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II, 1952, págs. 446 y sigs.

(40) *La teoría...*, cit., págs. 174 y sigs.

(41) *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 2.ª ed., I, pág. 144.

cuestión, sobre la evolución a veces paralela, y por lo tanto no idéntica, entre los derechos políticos del vecino y sus derechos administrativos, ya hemos tenido ocasión de aludir, y en el próximo capítulo se insistirá con mayor detalle.

El resultado de ambas matizaciones puede dar lugar a una discriminación de vecinos en relación con sus derechos sobre los bienes comunales, como resulta, por ejemplo, del artículo 192, 4 LRL.

Unas palabras, por último, sobre su carácter de *goce o disfrute*. Como es sabido, los derechos reales limitados (42), suelen clasificarse en derechos de goce, de garantía o de realización de valor y de adquisición. Aquí nos encontramos ante una variedad de los primeros (43).

VI. EL DERECHO DEL MUNICIPIO: NATURALEZA

Al estudiar en los epígrafes anteriores el elemento "vecinos" se ha hecho un análisis separado de sus dos problemas esenciales: el de la titularidad (más concretamente, la articulación de los derechos de los vecinos entre sí) y el de la naturaleza del derecho.

Al referirnos ahora al segundo elemento —el Municipio— el primero de estos problemas queda eliminado, ya que no pueden existir cuestiones de articulación entre los derechos

(42) Después de lo que queda escrito, es incuestionable que, para nosotros, no pueden constituir los derechos de los vecinos una propiedad o derecho real pleno.

(43) González Pérez, en el trabajo citado en la nota 35 (páginas 163-166) distingue dentro de los derechos de goce tres variedades, según que se trate de facultades de uso ("utilización de la cosa misma"), disfrute ("obtener todo lo que ellos producen") y consumo ("ius abutendi") afirmando que "aun cuando la solución sea discutible, quizá pueda ser considerado derecho real de disfrute el que ostentan los vecinos de un Municipio sobre los bienes comunales".

de diferentes sujetos, desde el momento en que se trata de la titularidad de una sola persona jurídica (44).

De conformidad con la vigente Ley de Régimen Local es claro que los bienes comunales forman parte del Patrimonio municipal, es decir, que "pertenecen" al Municipio (art. 182), son bienes municipales de la variedad de patrimoniales (artículo 183), y son de dominio municipal (art. 187) (45). Por otro lado, según el artículo 4.º de la Ley de Montes y 21 y 22 de su Reglamento, la inclusión de montes en el Catálogo se hará a favor de la "entidad local cuyo núcleo de población venga realizando los aprovechamientos".

Pero, en cambio, es grave la determinación de la naturaleza jurídica de este derecho, que tanto ha preocupado a la doctrina española: se trata de saber si nos encontramos ante una relación demanial o simplemente patrimonial.

En principio, parece ya absurdo el simple planteamiento del problema puesto que la Ley de Régimen Local y su Re-

---

(44) De recordar es aquí la aguda observación de SALIS, de que de haber nacido la comunidad de mano común en una época en la que ya se hubiera elaborado la teoría de la personalidad moral, es probable que se la hubiera configurado como persona jurídica (*La Communione*, en el *Tratatto* de Vasalli, XXIV, 1930, pág. 63). En igual sentido, entre nosotros, GARCÍA DE ENTERRÍA: "no reconocida la personalidad jurídica del grupo se carece de arbitrio técnico para imputar a éste la titularidad de las cosas de uso público... De aquí, que pasando a primer plano la circunstancia del uso colectivo deba explicarse el régimen de estas cosas, bien según la construcción de la comunidad *gesamte Hand,* bien, según las fuentes romanizadas, conforme a la teoría de las cosas comunes. A esta concepción, y como notable supervivencia histórica, debe referirse la figura actual de nuestros bienes comunales" ("Sobre la imprescriptibilidad del dominio público", en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo,* 1955, págs. 117 y 118, nota).

(45) Las facultades dominicales del Municipio se declaran, pues, reiteradamente. Obsérvese, sin embargo, un matiz: al definir el artículo 186 los bienes de propios, afirma rotundamente "siendo propiedad del Municipio", mientras que en el artículo 187, con más cautela, se limita a decir que los bienes comunales son "de dominio municipal". Por su parte, el Reglamento de Bienes es mucho más explícito, puesto que en el artículo 5.º, con una técnica a la que podrían hacerse serias objeciones, afirmando que los bienes comunales son patrimoniales, aclara que éstos "pertenecen a las Entidades locales en régimen de Derecho privado".

glamento de Bienes declaran de un modo tan rotundo su carácter patrimonial; sin embargo, como hay un gran sector de la doctrina que insiste en este carácter demanial, es forzoso detenernos en el tema. A estos efectos, y puesto que el régimen legal es muy diferente, conviene que distingamos dos etapas separadas por la Ley de Régimen Local.

A) CON ANTERIORIDAD A LA LEY DE RÉGIMEN LOCAL.

La doctrina más antigua, al enfocar conscientemente esta cuestión, suele calificar estos bienes de patrimoniales, rechazando expresamente su caracterización como de dominio público. Así ALCUBILLA, refiriéndose concretamente a los montes (46) y VALVERDE (47).

Entre los administrativistas, esta es también la clara actitud de MELLADO (48), POSADA (49) y GARCÍA OVIEDO (50).

La legislación ha insistido constantemente en el carácter no demanial de los bienes comunales. Incluso antes de la promulgación del Código civil así lo declararon rotundamente diversas RR. OO. —muy poco conocidas— dictadas en interpretación del párrafo 1.° del artículo 20 de la Ley de 3. 6. 1855 (por el que se autorizaba a las Empresas de ferrocarriles de interés general a ocupar gratuitamente "terrenos de dominio público").

Concretamente la R. O. de 17. 12. 1860 declaró que con el carácter de dominio público

> "Son conocidas, según los principios del Derecho, las cosas que están destinadas a la utilidad general de los habitantes de

---

(46) Tomo XI de la 7.ª ed. del *Diccionario*, págs. 503 y 504.

(47) Citado por FERNÁNDEZ DE VELASCO en *Sobre la naturaleza...*, citado.

(48) *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., 1894, pág. 922.

(49) *Tratado de Derecho Administrativo*, II, pág. 430.

(50) En las ediciones de su *Derecho Administrativo* anteriores a 1945, citado por GUAITA, *Régimen...*, cit., pág. 241, donde pueden verse también referencias sobre la doctrina francesa.

la Nación, sin que nadie en particular pueda alegar derecho propio, como, por ejemplo, las carreteras, los ríos, las riberas, los puertos, etc., que no se hallan en este caso ni los bienes del Estado, ni los del clero, ni los de las Provincias, pueblos y demás Corporaciones públicas civiles, por cuanto reconocen un señor directo".

Y con mayor precisión la R. O. de 31. 12. 1862:

"Los bienes de Derecho público concedidos gratuitamente a las empresas de ferrocarriles por la citada ley, son los que están destinados o por la naturaleza misma, o por el uso, a la utilidad de todos los hombres y cuya propiedad a nadie pertenece... En su consecuencia, no están comprendidos en esta clase, ni los bienes del Estado, *ni los de los propios y común de los pueblos*, ya se atienda a la manera con que las leyes los denominan, ya a su condición, naturaleza y objeto a que están destinados".

El Código civil —en un capítulo que no puede considerarse muy feliz— en sus artículos 343 y 344 clasifica así los bienes de los pueblos:

de uso público... {
- caminos vecinales;
- plazas;
- calles;
- fuentes y aguas públicas;
- obras públicas de servicio general costeadas por los pueblos;

patrimoniales = todos los demás que posean.

por lo que al no poderse considerar los bienes comunales como bienes de Derecho público —ya que ni están enumerados legalmente ni lo son en realidad— forzoso es reconocer que son bienes patrimoniales (51).

El Tribunal Supremo ordinariamente ha considerado también a los bienes comunales entre los bienes patrimoniales,

(51) Similar es también la argumentación y las conclusiones de FERNÁNDEZ DE VELASCO en *Sobre la naturaleza jurídica de los bienes comunales*, cit., págs. 60 y sigs.

separándoles claramente de los de uso público. Así la sentencia de 17. 2. 1904:

"Todos los bienes de los pueblos pueden y deben agruparse en tres clases: bienes de propios, ... bienes comunes o de común aprovechamiento, de los cuales cada vecino de por sí puede usar o aprovecharse gratuita y libremente, ... y bienes que, aun pertenecientes a los pueblos, no sólo los pueden usar todos y cada uno de los vecinos, sino la generalidad de las personas, que no producen fruto, ni propiamente puede producir ningún fruto o renta, aquellos, en una palabra, que son de uso público".

Sentencia de 26. 10. 1911:

"Que el carácter de los bienes comunes, patrimoniales de los pueblos, distintos de los de uso público lo determina el aprovechamiento común, individual y gratuito por todos los vecinos de pueblo ... que los demás bienes también patrimoniales del Municipio, llamados de propios, se caracterizan o por estar destinados a satisfacer necesidades de la personalidad jurídica o a la realización de servicios municipales.

Y la interesantísima sentencia de 6. 4. 1921:

"Considerando que, si bien con arreglo a la Ley de Montes de 1863, se consideran como públicos los montes pertenecientes a los pueblos, semejante calificación es puramente administrativa a los efectos de la intervención del Estado en el régimen de los montes, y no tiene trascendencia en el orden civil para deducir que por ser montes públicos deben reputarse como bienes de dominio público del Estado, toda vez que la clasificación de los bienes, según su naturaleza y las personas a quien pertenecen, es una cuestión eminentemente civil que ha de resolverse aplicando no las disposiciones administrativas, sino las del Código Civil, contenidas en el titulo I del libro 2, de las cuales no se atribuye al Estado ninguna clase de dominio sobre los bienes de las provincias y de los pueblos, pues esto equivaldría a anular el dominio de éstos, contrariando no sólo los principios de justicia, sino también los preceptos de la legislación desamortizadora y de montes, sin que exista, por otra parte, incompatibilidad en que un monte sea a la vez un

bien patrimonial de un pueblo, según el derecho civil, y un monte público, según el derecho administrativo, ya que entre éstos deben clasificarse los montes de los pueblos, aunque tengan carácter patrimonial, a tenor del párrafo 2 del artículo 344 del Código Civil".

Sin embargo, la jurisprudencia posterior parece haber rectificado su criterio o por lo menos se ha hecho eco de un criterio que identifica los bienes comunales con los bienes comunes, y éstos con los de uso público.

Así la sentencia de 3. 3. 1934:

"Los bienes municipales, dentro de la técnica jurídica establecida para su calificación por la antigua legislación, la específica desamortizadora, la fiscal y la fundamental estatuida por el Código Civil en sus artículos 343 y 344 no pueden conceptuarse a todos los efectos más que de dos clases, que integran dos grupos perfectamente definidos y distintos: bienes comunes y bienes propios o patrimoniales; los primeros pertenecen a la comunidad y son de uso público general, y común aprovechamiento gratuito, y los segundos, los que pertenecen y posee la entidad y no se hallan destinados al aprovechamiento de todos los vecinos y común disfrute, sino que produciendo renta o siendo susceptibles de producirla, el Ayuntamiento aplica o puede aplicar a sus necesidades, y servir de ingresos o recursos al presupuesto municipal para cubrir atenciones del mismo".

Sentencia 29. 6. 1935:

"En la técnica jurídica establecida para clasificar los bienes municipales, tanto en la antigua legislación como en la específica desamortizadora y fiscal, lo mismo que en la sustantiva del Código Civil —arts. 333 y 334— y por último en el Estatuto municipal y su Reglamento de Hacienda, y con todas estas fuentes, en la doctrina jurisprudencial no se ha distinguido ni podido distinguir sino las dos clases o grupos de bienes comunes y bienes patrimoniales o de propios, según que perteneciendo a la comunidad los primeros sean de uso público general y de común aprovechamiento gratuito, o que correspondan los segundos y los posea el municipio, pero no se hallen destinados

al aprovechamiento y común disfrute de todos los vecinos, sino que produzcan o sean susceptibles de producir, renta, que aplique o pueda destinar el Ayuntamiento a sus necesidades, o proporcionar ingresos o recursos a su presupuesto para cubrir atenciones del mismo".

B) La Ley de Régimen Local.

Insistiendo en el criterio del artículo 147 de la ley municipal de 1935, declara rotundamente, como hemos visto en su artículo 183, el carácter patrimonial de los bienes comunales:

> Los bienes municipales se clasifican en bienes de dominio público y bienes patrimoniales. Los bienes de dominio público son de uso o servicio público; los patrimoniales son de propios o comunales.

La generalidad de la doctrina, sin embargo, suele prescindir de esta terminante afirmación legal, considerándola puramente declaratoria, sin mayores efectos jurídicos. Según esto, y puesto que la verdadera naturaleza de las cosas, la da su régimen jurídico y no las definiciones legales, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la misma ley somete a un régimen jurídico idéntico a los bienes del dominio público y a los bienes comunales, hay que terminar afirmando la naturaleza demanial de estos bienes. Tal es la tesis, entre otros, de García de Enterría (52), de Alvarez Gendin (53), de Ga-

---

(52) En *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo,* 1955, pág. 170, nota.

(53) Que es, posiblemente, dentro de la literatura moderna, quien con más hincapié ha expresado el contrasentido de la Ley de Régimen Local al asignar a los bienes comunales una naturaleza y un régimen no homogéneos, y que termina concluyendo: "es necesario rectificar la Ley de Régimen Local y el Reglamento de Bienes, y en la clasificación de Bienes de Dominio Público incluir a los comunales, siendo únicamente patrimoniales los llamados de propios" *(El dominio público,* 1956, pág. 209).

RRIDO FALLA (54) y, con más o menos reservas, de GONZÁLEZ-BERENGUER (55), GUAITA (56) y SIEIRA BUSTELO (56 bis).

Para nosotros, sin embargo, los bienes comunales no son bienes de Dominio público, ya que no hay razón alguna para violentar la rotunda declaración del artículo 183 LRL. En efecto, lo que mueve a los autores a integrar a estos bienes en la categoría de los de dominio público es una supuesta identificación de régimen. Pues bien, tal identificación no existe, ya que como se irá examinando a lo largo de este libro, se dan cuanto menos, las siguientes diferencias (57):

---

(54) En su *Tratado...*, cit., II, pág. 490: Pero posteriormente ha rectificado su posición de una manera expresa, concluyendo que se tiene "la impresión de que nos encontramos ante un *tertium genus* que rompe la rígida dicotomía de nuestra Ley" *(Sobre la naturaleza...*, cit., págs. 674-675).

(55) "Les falta (a los bienes comunales) para ser demaniales la declaración legal de que lo son, y les sobra la declaración de patrimonialidad que hace la Ley de Régimen Local en su artículo 183 y el Reglamento de iBenes en su artículo 5". *(El patrimonio de las Corporaciones locales*, 1961, página 47).

(56) Quien precisa: aunqdue es más exacto decir que son de naturaleza mixta, ya que, a mi juicio, se acerca más al dominio público que a la propiedad civil *(Régimen jurídico-administrativo de los montes*, cit., 2.ª ed., pág. 253).

(56 bis) Quien después de afirmar que "este es un caso en que el nombre no hace a la cosa", termina considerando a los montes comunales como un "dominio público especial". ("Distinta titularidad de los montes incluidos en el Catálogo de montes de utilidad pública" en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 87, 1956, pág. 391).

(57) A ellas podría añadirse, además, una esencial, que podría resumirse, un poco rudamente, de la siguiente manera: en razón a que el dominio público, en el fondo, es una categoría puramente conceptual, sin verdadera sustancia jurídica, cuya propia vaciedad le condena a una total inoperancia que hace prever su pronta desaparición, que ha de ser tan vertiginosa como lo fue su incorporación a nuestro derecho positivo, de la que tanto se ha abusado. El *deus ex machina* que creyeron encontrar nuestros administrativistas de primeros de siglo, ha terminado por defraudar completamente, revelándose como un juego intelectual de brillante dogmática, cierto, pero totalmente infecundo. Basta, por ahora, dejar apuntada esta idea, que no es momento de desarrollar. DÍAZ-CANEJA, en "Bienes municipales", *Revista de Estudio de la Vida Local*, núm. 81, 1955, pág. 43, rechazó también la identificación entre bienes comunales y bienes de dominio público, si bien de una manera casi puramente intuitiva.

1) Son distintas sus posibilidades de conversión en bienes de propios (art. 194 LRL.).

2) Diferente plazo y régimen de recuperación (art. 404 LRL. y 55 RB.).

3) Los bienes comunales son inscribibles en el Registro de la Propiedad.

4) Sobre los bienes comunales pueden imponerse servidumbres.

5) Pueden ser expropiados.

6) Los aprovechamientos, tanto en la forma como en la delimitación de beneficiarios, son distintos en ambos tipos de bienes.

7) Hay bienes comunales que pertenecen a personas privadas.

Por otro lado, esto no significa una ratificación absoluta de la sistemática de la LRL. Estamos conformes en que no se trata de bienes de Dominio público, pero tampoco es demasiado acertado agruparlos en la misma categoría que los bienes de propios (con los que ciertamente tienen muchas semejanzas, pero no tienen menos que con los de Dominio público). La problemática de los bienes comunales se halla muy lejos de esta discusión sobre si son o no bienes de dominio público, cuestión que hoy nos parece un tanto bizantina y que a nada conduce. En todo caso, no es un problema central, sino que, a nuestro modo de ver, se encuentra situado en el punto en que en este libro se le ha dado, es decir, como una caracterización de la relación entre ellos y el Municipio, fuera por tanto de las relaciones —tan esenciales— entre los bienes comunales y los vecinos, que son, en definitiva, las que caracterizan la esencia de este tipo de bienes.

VII. INTERCONEXION DE LOS DERECHOS DEL MUNICIPIO Y DE LOS VECINOS

Si los derechos de los vecinos sobre los bienes comunales se expresan en la fórmula de su goce y aprovechamiento, el contenido de las facultades del Municipio aparece descrito en el artículo 101, 2, b) LRL:

> "La administración, conservación y rescate de su patrimonio; la defensa del forestal contra todos los ataques a su integridad, en el suelo y en el vuelo ... y la regulación y aprovechamiento de los bienes comunales".

Ambas series de derechos, integrados bajo la fórmula de la titularidad compartida, ofrecen numerosas interconexiones que, como no puede ser menos, significan recíprocas influencias y, a la postre, limitaciones (58). En diversos capítulos de esta obra se estudiarán con detalle tales fenómenos; pero debe hacerse aquí, al menos, una alusión, como prueba de la tesis. Así tenemos concretamente que:

a) La desafectación de los bienes comunales no puede hacerse unilateralmente por el Municipio, no obstante su titularidad teórica, precisamente porque ello significaría una pérdida de los derechos de los vecinos. Por esta razón, la desafectación sólo es posible mediante la colaboración directa de los vecinos, siquiera se exprese en una actitud negativa de no uso (59).

b) Si hay aspectos del régimen jurídico de los bienes comunales que interesan exclusivamente al Municipio "o"

---

(58) Y esto con independencia de las limitaciones que para el Municipio supone su condición tutelada respecto de la Administración Central.

(59) Estas cuestiones se estudian con detalle en el capítulo X, epígrafe IV.

a los vecinos, hay en cambio supuestos que afectan necesariamente —y al tiempo— a uno "y" a otros. El caso más importante es el de su determinación y defensa. Cuando no se trata de delimitar los derechos respectivos del Municipio y de los vecinos sino de determinar la existencia de unos bienes comunales, es evidente que tal cuestión afecta a ambos simultáneamente. En tal caso, ¿a quién corresponderá el ejercicio de las acciones, sean civiles o administrativas? Nosotros sostenemos la tesis de que en este punto están legitimados tanto el Ayuntamiento como los vecinos en particular (60), tal como se desarrolla con todo detalle en el capítulo dedicado a la recuperación de los bienes.

c) El supuesto anterior se refiere a una interconexión paralela de intereses: el Municipio y los vecinos pretenden el objetivo común de la liberación de las usurpaciones de los bienes comunales frente a terceros. Pero también es posible que surja un conflicto entre ambas partes, y así, mientras el Municipio sostiene la naturaleza patrimonial (de propios) de unos bienes, los vecinos afirman su carácter comunal. En tal caso se establece una relación interna, no *ad extra*, en la que la intervención de los Tribunales está supeditada a la mecánica del principio de la decisión administrativa previa. Puesto que no se discute una cuestión de propiedad, sino de la naturaleza administrativa de unos bienes, la competencia corresponde, por lo pronto, a la jurisdicción contenciosa, a la que acudirán los vecinos recurriendo contra la decisión administrativa que desconozca sus derechos colectivos a los aprovechamientos, es decir, el carácter comunal de los bienes.

d) En siguiente lugar, cabe que el conflicto surja, no entre la colectividad de vecinos, sino entre uno o unos en con-

---

(60) O el Ayuntamiento y los vecinos conjuntamente, como en el caso de la sentencia de 31.1.1871. Estas cuestiones se estudian con detalle en el capítulo XII, epígrafe VIII.

creto, y el Ayuntamiento. La influencia recíproca, a que venimos aludiendo, no puede ser aquí más clara, y hace que el problema se reconduzca en la cuestión —puramente administrativa— de la forma y distribución de los aprovechamientos, que es de la exclusiva competencia municipal, contra cuyas decisiones deberá recurrir el vecino al que se haya vulnerado sus derechos administrativos de goce y aprovechamiento. Y esto, tanto porque se le hayan desconocido o limitado directamente, como si se ha realizado de una manera indirecta mediante la preferencia o mejora de otros vecinos que se encuentren en iguales circunstancias.

e) La influencia de la posición jurídico-administrativa del Municipio sobre los derechos de los vecinos se manifiesta, por último, en los conflictos que surjan entre éstos en relación con sus aprovechamientos comunales, que no son de la competencia de la jurisdicción ordinaria, sino que se reconducen también en las facultades municipales de arreglar la forma y distribución de los aprovechamientos comunales (61).

---

(61) Autorizado por un Ayuntamiento un vecino para trillar en una era comunal y estorbado por otro en su posesión, interpuso interdicto de recobrar. Surgida una cuestión de competencia, el R. D. de 26.1.1876 la resolvió a favor de la Administración, a quien correspondía arreglas las diferencias entre los vecinos, considerando "que el terreno en cuestión es de aprovechamiento en común, y en tal concepto corresponde a la Administración establecer las reglas que tenga por conveniente para su disfrute y conservación, y resolver lo que juzgue oportuno sobre las usurpaciones que en el referido aprovechamiento se cometan". Otro ejemplo: El Concejo de Pontejos (Santander) posee la llamada Hacienda del Concejo, la cual se halla distribuida en lotes, a los cuales tienen derecho "en usufructo" los vecinos, y que se distribuyen según antigua e inmemorial costumbre. Habiendo surgido diferencias entre dos vecinos sobre a quién correspondía un lote, se demanda ante la jurisdicción ordinaria, y planteándose cuestión de competencia, la resuelve el R. D. de 3.10.1901 en favor de la Administración. Esta competencia administrativa implica, como es natural, un control jurisdiccional contencioso-administrativo posterior, que está sujeto, en nuestro sistema, al principio de la decisión administrativa previa.

VIII. BIENES COMUNALES ATIPICOS

En los epígrafes que anteceden hemos trazado un esquema de los bienes comunales que podríamos llamar típicos, los directamente contemplados por la L R L.; pero conviene advertir que con ellos no se agotan las posibilidades reales, que diariamente nos está ofreciendo supuestos que no responden al esquema expuesto y que ordinariamente son origen constante de litigios, ya que no es nada fácil determinar su naturaleza y, por tanto, su régimen jurídico.

La tradición jurídica española del siglo XIX, burguesa y romanista en grado sumo, fue, en principio, contraria a los bienes comunales a los que no regula —al menos de una manera consciente— en su suprema producción jurídica: el Código civil. Como hemos tenido ocasión de ver, los bienes comunales encontraron acogida, sin embargo, en la legislación administrativa y en la jurisprudencia de los Tribunales, que, por su función, no podían prescindir de una realidad que *velis nolis* se resistía a desaparecer. En este sentido una y otra merecen los mejores elogios, y no es de extrañar lo cauteloso y a veces contradictorio de sus actitudes, ya que tenían enfrente, como pesada carga, un cuerpo legal y doctrinal de enorme prestigio, sin que contaran a su favor más que con normas consuetudinarias, documentos históricos y una escasa bibliografía, de ordinario nostálgica y poco técnica.

En estas circunstancias fácil es comprender que en el mejor de los casos, los únicos atendidos fueran los bienes comunales, que hemos llamado típicos. Y, sin embargo, existen otros muchos. ¿Cuál ha de ser el criterio para reconocerlos?

Ya hemos explicado antes dónde se encuentra la esencia de los bienes comunales: en una atribución al común de vecinos. En un momento histórico deferminado —digamos el siglo XII— nos existe más que una variedad. Como hemos visto, surge a poco la gran crisis. Con motivo fundamental-

mente de la penetración del Derecho romano se exige la imputación a una persona reconocida en derecho. Esto da lugar a una diversificación de régimen. Al Municipio, que consigue la personalidad jurídica, se imputan la mayor parte de estos *bienes*, que siguen ya una evolución un tanto accidentada, pero segura: propiedad del municipio (con lo que queda a salvo el principio romanista de la personalidad) y aprovechamiento de los vecinos (conforme a la tradición).

Pero otros bienes, sin embargo, no corren la misma suerte y su destino va a ser muy diferente. El Municipio, por así decirlo, no les cubre con su personalidad y esta es la causa de que vayan a ser desconocidos por el Derecho durante muchos siglos, a pesar de lo cual su vitalidad es tan grande que van a lograr pervivir hasta nuestros días.

Las causas de esta falta de cobertura de la personalidad del Municipio son varias: en unos casos se trata sencillamente de que el núcleo social en que se asientan no llega a alcanzar su propia personalidad y no surge, por tanto, el Municipio; en otros casos se debe a que los vecinos evitan esa absorción o transferencia dominical atribuyendo a sus derechos una naturaleza civil que les coloca fuera de la esfera jurídico-administrativa del Municipio.

En otros casos el fallo no se encuentra en la falta de la personalidad del sujeto, sino en las características del objeto: cuando se trataba de fundos cuya propiedad correspondía, sin dejar lugar a dudas, a los propios vecinos beneficiarios (pastos, hierbas o rastrojeras) o de otros individuos ajenos (servidumbres) o incluso otros Municipios, aun en régimen de comunidad (mancomunidades), es evidente que el esquema un tanto simplista, que había impuesto la técnica romanista, ya no podía aplicarse. Y por ello dejaron de considerarse como bienes comunales.

Por último han surgido modernamente algunas figuras —como los aprovechamientos derivados de la redención de foros o las adquisiciones colectivas de bienes nacionales— en los que tampoco es de aplicar el esquema anterior.

Pero, no obstante este abandono normativo y doctrinal, no hay razón para desconocer el carácter comunal de estos aprovechamientos. En el fondo, la esencia de los bienes comunales no se encuentra en el objeto del derecho, sino en el derecho en sí (es sabido que la propiedad es un derecho, y solo por extensión un objeto), y, más aún, lo que esencialmente les caracteriza es *la forma* en que se ejercita su aprovechamiento y disfrute: *lo importante es que se trate de un aprovechamiento comunal, y es sólo accidental el que recaiga sobre bienes de propiedad del Municipio, de los propios vecinos o de terceros.*

La primera variedad —aprovechamiento comunal sobre bienes propiedad del Municipio— constituye lo que llamamos bienes comunales típicos, de los que nos hemos venido ocupando.

Junto a éstos existen los que, no siendo típicos, están regulados de algún modo en el ordenamiento. Los casos más importantes son:

— los montes de común de vecinos de Galicia, que la Ley de montes, y luego la Compilación de Derecho Civil de Galicia han tenido el acierto de regular;

— las comunidades de pastos y leñas y las servidumbres de pastos y leñas disfrutadas en comunidad de que, si bien muy confusamente, nos hablan los artículos 600 y ss. del Código Civil;

— las mancomunidades, recogidas en la legislación municipal, en cuanto supongan un aprovechamiento normal;

— los aprovechamientos de pastos, hierbas y ratrojeras, cuyo régimen comunal aun late —si bien bastante modificado— en el Reglamento de 8.1.1954;

— las especialidades forales de alera, boarales, etc.

Y por último, existen los bienes comunales absolutamente atípicos al no estar regulados legalmente; pero de cuya exis-

tencia tiene noticia todo el que conozca la realidad española y que, además, asoman con frecuencia en los repertorios jurisprudenciales; son, por lo común, derechos de base consuetudinaria o contractual (con títulos casi sin excepción muy antiguos) de los que son titulares —esto es lo esencial— los vecinos de una localidad. En ocasiones se trata de verdaderas piezas de museo —la llamada arqueología jurídica— pero otras veces son instituciones que se mantienen frescas y vivas. Piénsese en los montes de los vecinos de Galicia antes de haber sido tipificados en la legislación de montes.

Al estudio detallado de todas estas figuras se dedican los capítulos octavo y noveno de esta obra.

CAPITULO OCTAVO

BIENES COMUNALES ATIPICOS

I.—Generalidades.

II.—Bienes comunales provinciales.

III.—Titularidad del Estado.

IV.—Comunidades de Tierra.

V.—Servidumbres y comunidades.

VI.—Comunidades de pueblos.

VII.—Derrotas de pastos.

VIII.—Los bienes comunales y el régimen foral.

IX.—Los bienes comunales en el régimen colonial americano.

I.—GENERALIDADES

1. En el capítulo anterior ha quedado determinada ya la naturaleza jurídica de lo que hemos denominado *bienes comunales típicos*, los bienes comunales por antonomasia que contempla la Ley de Régimen Local, es decir, aquellos cuya propiedad corresponde al municipio y cuyos derechos de disfrute y aprovechamiento corresponden a los vecinos.

A nuestro modo de ver, estos bienes comunales típicos constituyen la variedad más importante, cierto, pero no la única del variado repertorio de bienes comunales que existen en la realidad española y que nuestro ordenamiento jurídico admite. La esencia de la comunalidad vecinal no se encuentra en el objeto del derecho, y mucho menos en su titularidad, sino en el aprovechamiento comunal por parte de los vecinos. Donde encontremos un aprovechamiento comunal vecinal, habrá bienes comunales, incluso aunque su titularidad dominical no corresponda al Municipio. A estas figuras las denominamos *bienes comunales atípicos*.

La existencia de numerosas clases de bienes comunales ha sido admitida de ordinario en todo tiempo y país. El criterio unilateral de la moderna legislación local es una consecuencia más de su esfuerzo sistematizador; pero no por ello ha de entenderse que no existe cuanto haya caído fuera del sistema y de la clasificación.

En el presente capítulo vamos a examinar el repertorio de bienes comunales que nos es conocido. En él van a incluirse bienes muy heterogéneos y de régimen jurídico diferente, pero con la característica común de un aprovechamiento comunal vecinal, que les es esencial y les identifica por encima

de todas las diferencias. Por razones de proporción en la distribución de materias dentro del libro, así como por su importancia y autonomía, se deja para el capítulo siguiente el estudio separado de uno de los bienes comunales atípicos más característicos: los llamados montes vecinales.

Por lo demás, esta tesis de la pluralidad de bienes comunales no es rigurosamente original. Ya en el siglo XVIII, SANTAYANA BUSTILLO, un autor que no se distingue precisamente por lo audaz de sus ideas, ofrece una amplia enumeración de bienes comunales (1):

> "Otros bienes tienen los pueblos, que propiamente son, y se dicen, comunes, y sirven para utilizarse de ellos los vecinos. Tales son las plazas, calles y caminos públicos, arcas y otros edificios destinados al uso de todos. Tales son los montes comunes, ejidos y pastos públicos: la caza y la pesca; los montes para leña y pasto. No es uno mismo el derecho que en estas cosas pertenece a los moradores del pueblo. Para su inteligencia se tratará este asunto con la brevedad posible, y aun acaso con menos confusión que la que se observa, no sólo en los autores que lo tratan, pero aun en las leyes, en que se hace mención de este punto".

En el derecho comparado existe igualmente este contenido plural y confuso de aprovechamientos comunales.

En Francia, en el Decreto de 10 de junio de 1793 —del que tendremos ocasión de ocuparnos con detalle en otro capítulo— se distinguen ya conceptualmente con todo rigor el dominio público municipal (calles, caminos), el dominio patrimonial (casa, rentas) y los bienes comunales propiamente dichos, que se describían en el artículo primero de su Sección cuarta como "los conocidos en toda la República bajo los nombres diversos de *terres vaines et vagues*, *gastes*, *garrigues*, *landes*, *pecages*, *patis*, *ajoncs*, *bruyères*, *bois com-*

---

(1) Al iniciar el capítulo XI de su conocido manual *Gobierno político de los pueblos de España*, ed. 1769. Es curioso, en cambio, que se haya eludido un tratamiento sistemático del tema en el monumental tratado de derecho local español histórico de CASTILLO DE BOBADILLA, *Política de corregidores y señores de Vasallos* que, en tantos puntos, fue modelo del anterior.

muns, hermes, vacants, palus, marois, marécages, montagnes y bajo cualquier otra denominación, que son y pertenecen, por naturaleza, a la generalidad de los habitantes o miembros de las *communes* en el territorio en que se encuentren" (2).

A primeros del siglo XIX, clasificaba así HENRION DE PANSEY los bienes comunales: a) Inmuebles: 1. Destinados al uso personal de los habitantes (templos, fuentes, edificios públicos). 2. Dedicados al pasto. 3. Arrendados, constituyendo la renta un ingreso comunal. b) Servidumbres y derechos de uso, como recoger leñas y maderas en bosques, tanto de particulares como del Estado. c) A estos antiguos patrimonios se une el de los baldíos a partir de la Revolución francesa (3).

Por citar todavía un ejemplo del siglo XX, HAURIOU en 1914 hace la siguiente enumeración: 1) Pastos comunes y bosques *affouagères* propiedad de las comunidades rurales antes del 28.8.1792; 2) Bosques *affouagères* en cuya posesión hayan podido entrar en virtud del artículo 1 de dicha Ley; 3) Baldíos aprovechados en la misma fecha conjuntamente por el señor y las comunidades, o de los que hayan entrado en posesión en los cinco años siguientes, a menos que dicho señor o sus causahabientes no puedan demostrar un título legítimo de adquisición no basado en régimen feudal, o adquieran por prescripción de derecho común; 4) El derecho de recoger *varech* o *goémon* de ribera; 5) Los derechos que pertenecen a las *communes* en los bosques del Estado; 6) La hierba de los caminos vecinales si el Ayuntamiento no decide su venta; 7) El *parcours* —radicalmente abolido por el artículo 1 de la Ley de 9 de Julio de 1899— también podía considerarse como comunal; 8) La *vaine pâture* sobre terrenos particulares conservada por el artículo 12 de la misma Ley; y 9) La

(2) Cfr. A. DESJARDINS, *De l'alienation et de la prescription des biens de l'Etat, des Departements, des Communes et des Etablissements publics dans le droit ancien et moderne*, 1862, pág. 374.

(3) "Des biens communaux et de la police rurale et forestière", en *Oeuvres judiciaires*, París, s. a., pág. 309.

vaine pâture general —abolida en principio, salvo declaración expresa de conservación— debe considerarse, en cambio, más que como un bien comunal, como una limitación que grava la propiedad de la comuna (4).

En Italia ZANOBINI distingue cuatro variedades fundamentales: a) Derechos de una comuna sobre la otra (*diritti promiscui*), que pueden ser generales, si comprenden todos los aprovechamientos del fundo, o particulares, si solo afectan a algunos; b) Derechos de naturaleza privada, según el título originario; c) Derechos que corresponden a asociaciones agrarias, llamadas *participance, vicinie, università agraria;* d) Pueden ser también de propiedad de la comuna, en cuyo caso, especialmente en las provincias meridionales, asumen el nombre de *demani comunali.* En cualquiera de estas variedades el derecho de uso no corresponde al público en general, sino sólo a los componentes de la comuna, y, en su caso, a las familias descendientes de los antiguos titulares. "En su origen, los bienes pertenecían a la colectividad, cuyos miembros los gozaban a título de condominio; transferida la propiedad a la comuna, sólo queda a los individuos el derecho de usar estos bienes *uti cives,* esto es, en cuanto componentes de la corporación comunal. Trátase, por tanto, de un derecho real de naturaleza privada y corporativa sobre bienes patrimoniales de la comuna" (5).

2. Como toda enumeración no cerrada supone un peligro de extramilitación, conviene precisar ya aquí, con carácter general y para evitar equívocos, la *diferencia entre uso o aprovechamiento común y uso o aprovechamiento comunal,* que no ha sido advertida por muchos autores clásicos, tal como acabamos de ver en SANTAYANA. Lo que pasa es que, esforzán-

---

(4) *Précis de droit administratif,* 8.ª ed., 1914, págs. 913-914.

(5) *Corso di diritto amministrativo,* t. IV, 3.ª ed., 1948, págs. 172-173. No vamos ahora a hacer un análisis de estas figuras; aquí se trata solamente de una ejemplificación de la tesis de la variedad de contenido de los bienes comunales afirmada en el texto.

dose por separar los bienes comunales de los de propios, incurren a veces tanto autores como leyes en el exceso opuesto, es decir, en confundir bienes comunes con comunales a lo que contribuye la equivocidad terminológica.

Y sin embargo, la distinción es clara, ya que el aprovechamiento comunal es el vecinal, el que corresponde al pueblo o vecinos de un lugar, mientras que el común es el que corresponde a todos los hombres.

Las Partidas, que distinguieron perfectamente, como es sabido, los bienes de propios de los bienes comunales, introdujeron cierta confusión en los bienes "comunales" al integrar en ellos supuestos abstractos e irreales:

> "Departimiento ha muy grande entre las cosas deste mundo. Ca tales y ha dellas que pertenescen a las aves, e a las bestias, e a todas las otras creaturas que biven, para poder usar dellas, también como a los omes, e ha otras que pertenescen apartadamente al común de alguna Cibdad, o Villa, o Castillo, o de otro lugar cualquier do omes moren; e otras y ha que pertenescen señaladamente a cada un ome, para poder ganar, o perder el señorío dellas; e otras son que pertenescen a señorío de ningún ome, nin son contadas en sus bienes, assí como mostraremos adelante" (6).

Según esto, las cosas que "pertenescen comunalmente" (7), son las siguientes:

---

(6) L. 3, tít. 28, P. 3. Según la acertada acotación de GREGORIO LÓPEZ, *quaedam sunt res omnibus animalibus communes; quaedam solis hominibus communes; quaedam communes universitatis; quaedam singulorum, et quaedam sunt in nullius bonis.*

(7) Huelga decir que la expresión "comunal" que manejan las Partidas tiene una significación muy diferente a la de hoy. Las palabras, con el tiempo, abandonan o adquieren un matiz técnico especial que puede desfigurarlas por completo. De aquí la necesidad de manejar siempre los textos con un sentido histórico. Ni el propio GREGORIO LÓPEZ escapó a este peligro, y en repetidas ocasiones interpretó este texto medieval con criterios jurídicos del derecho posterior, que le eran ajenas, llegando incluso a traducir infielmente al latín algunas de las leyes, empleando términos técnicos que no estaban —ni podían haber estado— en la mente del legislador. En las Partidas, "comunalmente" quiere decir opuesto a "separadamente".

a) "cosas que comunalmente a todas las criaturas que viven en este mundo (y) son éstas: el ayre, e las aguas de la lluvia, e el mar, e su ribera. Ca cualquier creatura que biva, puede usar de cada una de estas cosas, según quel fuere menester" (8): la ribera de la mar es de *uso comunal* de la gente (9), y los rios, puertos y caminos pertenecen a todos los hombres *comunalmente* (10).

b) cosas que "apartadamente son del común de cada una Cibdad o Villa" (11), dentro de las cuales se aprecian clarísimamente dos subespecies:

aa) Las destinadas a uso de sus moradores: "las fuentes, e las plaças o fazen las ferias e los mercados, e los lugares o se ayuntan a concejo, e los arenales que son en las riberas de los rios, e los otros exidos, e las carreras o corren los cavallos, e los montes, e las dehesas, e todos los otros lugares semejantes destos, que son establecidos, e otorgados para *procomunal* de cada Cibdad o Villa, o Castillo, o otro Lugar. Ca todo ome que fuere morador, puede usar de todas estas cosas sobredichas: e son *comunales* a todos, también a los pobres como a los ricos. Mas los que fuesen moradores en otro lugar, nin pueden usar dellas contra voluntad, o defendimiento de los que morasen y" (12).

---

(8) L. 3, tít. 28, P. 3. Esta personificación jurídica de los animales, que tanta importancia tuvo en la Edad Media, ha sido bien puesta de relieve por los penalistas (cfr., por todos, DEL ROSAL, *Principios de Derecho penal español,* II, vol. I, 1948. págs. 447-449); pero también es operante, como puede apreciarse, en todas las ramas del Derecho. En otro lugar he demostrado *(Ordenación de pastos...,* t. I, pág. 103) cómo durante mucho tiempo se han considerado titulares de la posesión pastueña a las ovejas y no a sus propietarios.

(9) L. 4, tít. 28, P. 3.

(10) L. 6, tít. 28, P. 3. Obsérvese en estas leyes que ya no se vuelve a hacer alusión a los animales, y se dice "omes" en lugar de "criaturas", pues no parece útil hacer una subdivisión de cosas, atendiendo a este último criterio.

(11) GREGORIO LÓPEZ traduce aquí, a mi modo de ver, erróneamente *communia universitatis.* Las Partidas se atienen a fenómenos concretos —Cibdad, Villa— rehuyendo la expresión romana, más abstracta, de *universitas.* Sobre el empleo técnico y no técnico de esta palabra durante la Edad Media, cfr. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht,* t. II, 1873-1954, págs. 586-622.

(12) L. 9, tít. 28, P. 3. Estos son los que en la terminología mo-

El régimen jurídico de estos bienes —de un modo semejante a lo que sucede en la actualidad— se aproxima más a los de la clase anterior que a los de la subespecie siguiente (los de propios) de su misma clase. Así, a diferencia de éstos (que son prescriptibles), y al igual que aquéllos, son imprescriptibles (13) y están dotados de las mismas técnicas jurídicas en defensa de su posesión (14).

bb) Las que no puede cada uno de sus moradores usar por sí apartadamente: "Campos, e viñas, e huertas, e olivares, e otras heredades, e ganados, e siervos, e otras cosas

---

derna se entiende ordinariamente por bienes comunales. GREGORIO LÓPEZ incluye aquí —sin duda desacertadamente— a las *viae*. Lo que es inexplicable, teniendo en cuenta: 1. Que en el texto castellano de la Ley novena no se citan; y 2. Que, en cambio, en la Ley sexta, referida, como hemos visto, a otra categoría, se habla de los "caminos públicos". ¿Se referirá, entonces, este autor a unos *viae privatae*? No parece probable.

(13) L. 7, tít. 29, P. 3: "Plaza, nin calle, nin camino, nin defesa, nin exido, nin otro lugar qualquier semejante destos, que sean en uso *comunalmente* del Pueblo de alguna Cibdad, o Villa, o Castillo, o de otro Lugar, non lo puede ningun ome ganar por tiempo. Mas las otras cosas que sean de otra natura, assi como siervos e ganados, o pegujar, o navios, o otras cosas cualesquier semejantes destas, maguer sean *comunalmente* del Concejo de alguna Cibdad, o Villa, bien se podrian ganar por tiempo de cuarenta años. E esto es, porque maguer que sean de todos comunalmente, non usan comunalmente dellas todos".

(14) L. 3, tít. 32, P. 3: "Pero si comenzado el un ome a labrar algund edificio de nuevo en la plaça o en la calle, o exido comunal de algun lugar, sin otorgamiento del Rey, o del Concejo en cuyo suelo lo fiziesse, entonces cada uno de aquel Pueblo le pueda vedar, que dexe de labrar aquella labor".

L. 23, tít. 32, P. 3: "En las plazas, nin en los exidos, nin en los caminos que son *comunales* de las Cibdades, e de las Villas e de otros lugares, nin otra lavor. Ca estos lugares atales, que fueron dexados para apostura, o *pro comunal* de todos los que y vienen, non los deve ninguno tomar nin labrar para pro de si mismo. E si alguno contra esto fiziere, deven de derribar, puedenlo fazer; e la venta que sacaren dende, deven usar della assi como de las otras rentas *communales*, que ovieren, e aun dezimos, que ningun ome, que la lavor fiziere, en tal como sobredicho es, que non se puede, ni deve defender razonando que lo ha ganado por tiempo".

Aquí se engloban, pues, conjuntamente, plazas y caminos, por ejemplo —que son cosas que pertenecen a todas las criaturas— con exidos, que son cosas que pertenecen apartadamente al común y para uso de sus moradores; pero se separan cuidadosamente de las cosas que aun perteneciendo apartadamente al común, no son de uso de sus moradores.

semejantes que dan fruto de si, o renta, pueden aver las Cibdades ,o las Villas: e como quier que sean *comunalmente* de todos los moradores de la Cibdad, o de la Villa cuyos fueren, con todo esso non puede cada uno por sí apartadamente usar de tales cosas como estas; mas los frutos, e las rentas que salieren de ellas, deven ser metidas en *pro comunal* de toda la Cibdad o Villa, cuyos fueren las cosas onde salen; assi como en lavor de los muros, e de las puentes, o de las fortalezas, o en tenencia de los Castillos, o perteneciessen al pro comunal de toda clase de Cibdad, o Villa" (15). Como ya se ha apuntado más arriba, estos bienes son susceptibles de prescripción en el plazo extraordinario de cuarenta años (16).

Dentro de esta categoría de bienes —agrupándose las dos subespecies— se describe también en las Partidas una variedad peculiarísima: la posesión en usufructo: "A Cibdad, o Villa seyendo otorgado usufructo al señor de la heredad, o a sus herederos. E esto es por esta razón: porque el usufructo que es otorgado señaladamente al Común de algún lugar, por la muerte de todos se pierde. E asmaron los Sabios, que en el tiempo de los cien años pueden ser muertos, quantos eran nascidos el día que fuesse otorgado el usufructo" (17).

(15) L. 10, tít. 28, P. 3. Estos son los conocidos tradicionalmente con el nombre de propios.

(16) L. 7, tít. 29, P. 3, ya citada.

(17) L. 26, tít. 31, P. 3. Las gravísimas consecuencias de tan significativo texto son analizadas en otro lugar de esta obra, por lo que aquí no vamos a detenernos en ellas, interesando solamente tener presente que, cuando menos, se refieren a dos puntos: 1. Desconocimiento de la personalidad jurídico-pública de las ciudades *(universitas)*, mediante la aplicación de una técnica de puro derecho privado. 2. La aplicación rigurosa de esta ley —que en cuanto nos es conocido, no ha sido invocada a tales efectos— legitimaría la devolución al señor de las tierras que, conforme a la doctrina francesa más extendida (y así fue allí esgrimido), fueron entregadas por él a un tiempo al usufructo de las ciudades. Conforme a esta Ley, por ejemplo, los comuneros hubieran estado en precario, a merced del señor, una vez pasados los cien años; es decir, prácticamente en todo momento, una vez que a partir del siglo XV empezaron a hacer los señores reclamaciones de tierras. En estos casos, la restitución hubiera sido inevitable, a no ser que pudiera probarse que no se trataba de un feudo (criterio de distinción: *pro feudo praestetur servititum)*, o una enfiteusis *(pro emphyteosi praestetur canon aniversarius)*.

Las claras bases de diferenciación entre cosas comunes y comunales, sentadas por el derecho intermedio, fueron desarrolladas en todos sus matices por la jurisprudencia erudita. DONELLUS advierte que las *res in uso publico* pueden ser *communes, publicae in specie* o *universitatis*, según que tengan su uso todos los hombres, todos los ciudadanos o sólo los vecinos de un Concejo. En las tres categorías hay *propietas nullius*, pero sólo respecto de la primera clase es la ocupación completamente libre. Las cosas comunes y las *res publicae in specie* están destinadas al uso común, en cambio las *res universitatis* sólo *moribus et voluntate civitatis* (18).

Esta tendencia a clasificar los bienes según el grado de sus aprovechamientos había de traer consecuencias muy interesantes: por un lado, al prestar menos atención al titular dominical, se pudo aceptar más fácilmente la existencia de cosas públicas sin dueño, y por otro, se reforzó la personalidad del soberano, al írsele concediendo facultades de determinar esos grados de aprovechamiento (19).

Pero frente a esta tendencia, la doctrina dominante, representada por los juristas prácticos, siguió insistiendo en una precisa titularidad demanial: las cosas comunes pertenecen al género humano, las cosas públicas al Estado, y las *res universitatis* a una colectividad en sentido estricto. En todo caso, la intención de esta corriente doctrinal era bien clara: atribuyendo al Estado la propiedad de las cosas públicas, se garantizaba la intervención del mismo en sus aprovechamientos, lo que completado con la teoría de las regalías iría reduciendo cada vez más los aprovechamientos comunes hasta

---

(18) *Apud*, GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., II, págs. 191-192.

(19) En esta línea se encuentra CUJACIUS y su escuela. BOCERIUS, insistiendo en la tradición romano-bizantina, distingue entre *res in patrimonio* y *res extra patrimonio*. A las primeras pertenecen también las *res fiscales*, que *in Principis tamquam Principis patrimonio sunt*, comprendiendo las *regalia minores* y las *res privatae Principis*, que están *in Principis ut privati Patrimonio*: entre las últimas se encuentran las cosas públicas en sentido amplio como las *res communes*, y las *res publicae ad certum populum usu pertinentes*, y las *res universitatis*, además de las *res divini juris*.

hacerles depender por lo general del pago de contraprestaciones (20).

II.—BIENES COMUNALES PROVINCIALES

La primera variedad imaginable de los bienes comunales atípicos es la constituida por bienes cuyo titular no sea el Municipio sino la Provincia e, incluso, cuyos beneficiarios no sean los vecinos del Municipio sino los de la Provincia.

Aunque con carácter muy excepcional —y probablemente único en España— cítase un caso en Navarra: los montes de Urbasa, Andía y La Planilla, que siendo propiedad del Estado se encuentran gravados desde la Edad Media por "servidumbres" de pastos, leñas y maderas a favor de todos los vecinos de Navarra, y son administrados por su Diputación; por lo que GUAITA (21) los considera sin vacilar como bienes comunales provinciales. Supuesto que no es admisible en la legislación municipal común, ya que, según el artículo 183 LRL:

> Los bienes municipales se clasifican en bienes de dominio público y bienes patrimoniales; los bienes patrimoniales son de propios o comunales

mientras que el artículo 281, al establecer la clasificación correlativa de los bienes provinciales, no establece ninguna subdivisión entre los bienes patrimoniales, que, además, el artículo 283 denomina "de propios" sin dar cabida al régimen comunal.

---

(20) La teoría desamortizadora, al distinguir entre bienes que producían rentas y bienes de aprovechamiento gratuito, para excluir de las ventas a estos últimos, no hizo sino apurar esta tendencia.

(21) "Derecho foral de Navarra", en *Revista de Estudios de la Vida Local,* núm. 94, 1957, pág. 487.

III.—TITULARIDAD DEL ESTADO

La segunda variedad imaginable consiste también en una diferencia de titularidad dominical: los beneficiarios siguen siendo los vecinos pero el propietario no es el Municipio, sino el Estado.

Un ejemplo bien claro es el que aparece descrito en la Orden del Ministerio de Hacienda de 15 de abril de 1873 (reproducida en los resultandos de la sentencia de 4 de marzo de 1876), en la que se hacen las siguientes declaraciones:

> 1.º Los montes de Calasparra pertenecen en su totalidad al Estado.
>
> 2.º La villa de Calasparra ha venido durante siglos utilizándolos... y tiene hoy sobre dichos montes derecho al aprovechamiento de ramas, atochos y productos menudos, y la extensión de dichos aprovechamientos debe medirse por el número de vecinos de la villa, y por el consumo que cada uno de ellos pueda hacer para el uso propio de los expresados productos; pero sin que este aprovechamiento traspase sus límites naturales y se convierta en verdadera explotación.

Por cierto, que considerándose indeseable esta situación, se dispuso administrativamente su liquidación, ordenándose al efecto:

> 3.º Que se forme expediente en que se deslinden y valoren ambos derechos; y para que en adelante cese toda confusión, se dividirán los montes de que se trata en dos partes, que guarden entre sí la misma relación que las rentas del capital montuoso que representan respectivamente la utilidad de la villa y la del Estado, y cada una de estas dos partes del monte pasará a ser propiedad de su dueño respectivo, quedando una y otra libres de toda carga.

Solución —como se verá— curiosamente parecida a la de la legislación italiana en orden a la liquidación de los *usi civici*

Otro caso es el descrito en la sentencia de 26.5.1909, en cuyos considerandos se lee:

> Por R. O. de 18.3.1896 —dictada con motivo de una resolución en que se denegó al Ayuntamiento permiso para roturar terrenos del monte "la Montaña"— se estableció y resolvió que el dominio directo de dicho monte corresponde al Estado como procedente de los bienes del Real Patrimonio, y que, aunque el Ayuntamiento había acreditado la concesión hecha en 1576 por el Bayle del expresado Real Patrimonio a favor de los vecinos de la villa de Masaner, de poder leñar y roturar en el monte mencionado, procedia que para el ejercicio de este derecho, se hiciese por el Ingeniero del Distrito de Barcelona, Gerona y Baleares, el estudio correspondiente con arreglo a lo dispuesto en el título 5 del Reglamento de 17.5.1865.

El gran problema de este tipo de bienes comunales es el de su consideración, o no, como servidumbres, del que nos ocuparemos más adelante con carácter general.

IV.—COMUNIDADES DE TIERRA

1. Las Comunidades de Tierra —o de Villa y tierra, Asocios, Universidades, Comunidades de pastos, leñas y aguas, como dicen los Reglamentos de Organización y de Población— representan un caso de disociación entre el órgano político-administrativo y el titular de determinados bienes y aprovechamientos comunales.

Recordemos, una vez más, el proceso de formación de los bienes comunales: en un tiempo la titularidad recae en el común de vecinos, en cuanto grupo social o realidad de hecho; con el correr de los años, en este grupo social se forma una entidad corporativa, con personalidad propia y distinta de la de los vecinos, y cuya significación es fundamentalmente política y administrativa; esta entidad, conocida con el nombre de Municipio, se subroga ordinariamente en los derechos del antiguo común de vecinos. Hay casos, sin embargo, en que

esta sucesión no es perfecta y el Municipio no substituye al común de vecinos en toda su amplitud :en los bienes comunales los vecinos siguen teniendo una influencia directa, y hay casos incluso en que los vecinos siguen conservando la titularidad de los bienes sin admitir la sucesión del Municipio (montes vecinales, que se estudiarán en el capítulo siguiente).

Pues bien, otro supuesto de tal disociación constituyen las Comunidades de Tierra, aunque aquí la falta de identidad en la sucesión se deba a un motivo muy diferente: *lo que aquí ocurre es que el común de vecinos no es sucedido por un municipio, sino por varios.* En el seno del primitivo grupo social, que fue el titular originario de los bienes, se van formando diferentes municipalidades, totalmente independientes en el cumplimiento de sus fines esenciales político-administrativos, pero que siguen vinculadas por lo que se refiere a los bienes que tienen en común (22). El resultado de esta vinculación es que junto a la personalidad municipal existe otra persona jurídica distinta, heredera del antiguo común de vecinos, y que conserva su personalidad con el único fin de la administración (en sentido amplio) de los bienes comunes, al margen del fraccionamiento político-administrativo de los municipios (23).

2. Este planteamiento elimina ya, por lo pronto, la espinosa cuestión del origen de las Comunidades de Tierra, que tanta perplejidad ha causado a los pocos autores que se han ocupado de él. El secreto de las Comunidades de Tierra no está en su origen —que es exactamente igual al de los demás

(22) Una confirmación de esta tesis aparece clarísimamente en los antecedentes de la sentencia de 27.1.1893 (sala 1): "El Rey Don Sancho el Sabio de Navarra hizo merced por medio de Fuero a *todos los moradores* de Laguardia de los montes de su término para pacer, regar, construir molinos y hornos, tomar maderas, etc... En aquel término se erigieron luego varios pueblos... muchos de los cuales fueron andando los años municipios independientes" *(Apud Diccionario* de ALCUBILLA, t. IV, págs. 12-13). Así surgió la Comunidad de Villa y Tierra de Laguardia, sucesora de la antigua Hermandad del mismo nombre.

(23) Lo que podría ser un ejemplo académico de las *Zweckverbände* de la terminología alemana, formadas expontáneamente.

municipios—, sino en su desarrollo posterior: en el desdoblamiento que experimenta el primer grupo social, fraccionándose en diferentes municipios. La fundación de Laguardia, Albarracín y Segovia en nada difiere de las demás localidades coetáneas; si luego forman una Comunidad de Tierra, ello es debido a que en el antiguo territorio de Laguardia, Albarracín y Segovia surgen andando el tiempo docenas y aún centenas de municipios con personalidad propia, y como ninguno de ellos es lo suficientemente fuerte como para apoderarse de los bienes comunes, éstos se confían a la Comunidad (24).

A las Comunidades de Tierra, así formadas, ya hemos aludido en el capítulo V como características de la estructura municipal de la Edad Media Peninsular. GIBERT ha llegado incluso a generalizar esta figura, considerándola como la verdadera clave municipal frente a la idea normal de un municipio encerrado en sus murallas: "en ninguno de sus aspectos —territorial, personal y de autonomía— constituye la entidad municipal un todo compacto y homogéneo, sino más bien la agregación de entidades locales diversas, ordenadas en su estructura orgánica y jerárquica. Esta es la noción de Villa y Tierra que preside el régimen local anteriormente a las reformas constitucionales ... la agrupación de los pueblos en torno a una ciudad o villa que ejerce un papel directivo hacia el interior y que hacia el exterior asume la representación de todos ellos. Su estructura es la disposición de la

(24) Este origen de las Comunidades de Tierra es lo que los italianos denominan *jure filiationis*. Como decía el jurista napolitano clásico BASTA *(Institutiones iuris Universitatum), si ex aliquo oppido vel recedentes cives, ad alium locum territorii civitatis se conferant, ibique oppidum vel villam construant*. Este grupo de vecinos, que se separan de su ciudad para formar otro ente filial (de aquí el nombre), conserva sus derechos a los bienes comunales, si bien ya no directamente, sino a través de la nueva villa. Junto a la comunidad *iuri filiationis* se admite también un origen *iure incolatus:* una ciudad rica en bienes y poco poblada atrae a muchos forasteros con la promesa de hacerles participar en sus bienes, y les instala en su territorio, si bien formando un centro urbano separado. Cfr. TRIFONE, *Gli usi civici*, 1963, págs. 101 y 102.

tierra, con todos sus elementos en torno a la Villa" (25). En todo caso —según RIBA Y GARCÍA—, eran notas esenciales de toda Comunidad: a) ser villa realenga e independiente de todo señorío feudal, eclesiástico o secular; b) tener señorío territorial extenso y con dominio sobre las aldeas del territorio, las cuales debían seguir su pendón como los vasallos de un señor feudal seguían al de éste; c) tener fuero único para todo el territorio con jurisdicción civil y criminal, y d) tener mancomunidad de pastos y otros derechos con las aldeas (26).

En la Baja Edad Media incide sobre estas Comunidades el espíritu —y con él la organización— feudal, surgiendo de esta manera una especie de feudalismo concejil: "no eran solamente los magnates, obispos y abades, los que tenían derechos feudales, señoriales, jurisdiccionales y hasta militares con los derechos y deberes llamados de pendón y caldera; también los Concejos tenían esos derechos, y no solo en la villa, que hacía de cabeza, sino sobre las aldeas" (27). Pero, a nuestro modo de ver, no hay que conceder demasiada importancia a este elemento feudal, puro accidente que se injerta en la vida de las Comunidades durante algunos siglos, pero que luego desaparecerá, al desaparecer la cultura feudal. Los autores tradicionales se han dejado sugestionar, quizá con exceso, por la organización feudal que adoptaron las Comunidades a partir del siglo XIII —circunstancia que coincide, además, con el momento de su mayor pujanza—, pero que es una simple expresión mimética y provisional. El elemento esencial es el que se refiere al patrimonio, y mientras el patrimonio subsista pervivirán las Comunidades, lo mismo en la época del feudalismo que en la del absolutismo, la ilustración, o nuestros días.

(25) *El Concejo de Madrid*, 1949, pág. 73.

(26) *Carta de población de la ciudad de Santa María de Albarracín*, 1915, pág. VIII.

(27) VICENTE DE LA FUENTE, "Las Comunidades de Castilla y Aragón, bajo el punto de vista geográfico", citado en *Enciclopedia jurídica Seix*, vol. VII, 1910, voz "Comunidades de Castilla".

Las Comunidades de Tierra deben distinguirse también cuidadosamente —no obstante la afinidad terminológica— de las Comunidades o Hermandades políticas, que son ligas políticas, a veces belicosas o facciosas y de ordinario circunstanciales (28). No obstante, hay ocasiones en que en una misma comarca existían simultáneamente una Comunidad y una Hermandad con organización independiente, fines distintos y diversas pretensiones, si bien muchas veces se complementaban, pues la Hermandad, con sus medios bélicos, defendía los intereses de la Comunidad (29). Pujantes los Concejos —escribe LECEA (30)— que eran cabeza de Comunidad, cual el de Segovia, y aspirando de día en día a mayor fuerza y preponderancia, fácil les fue formar liga o hermandad como la establecida por el nuestro con Medina, Cuéllar, Cuenca y otros pueblos, contra Madrid, Toledo y Guadalajara... Estas ligas o confederaciones llegaron a constituir un verdadero poder público, independiente de la autoridad real, con ordenanzas, alcaldes, juicios y sentencias, hasta que por sus extralimitaciones hubieron de ser disueltas por el conquistador de Sevilla, y por su hijo, el sabio Rey autor de las Partidas. En más de una ocasión se declaró la nulidad y se prohibieron las juntas, ligas, confederaciones y esta clase de Ayuntamientos, aunque interviniesen en ellos Obispos, Grandes y las personas más condecoradas (31).

A la Edad Moderna llegan, como más importantes, en Navarra las Comunidades de la Sierra de Lózquiz, del Valle del Roncal y de las Bárdenas Reales, en Aragón las de Calatayud, Daroca, Teruel, Mosqueruela y Albarracín, y en Castilla las de Segovia, Avila, Salamanca, Cáceres, Cuéllar,

---

(28) A principios del siglo XVI atraviesan una fase de expansión y popularidad, que va a ser su canto de cisne. Véase un planteamiento moderno de la cuestión en el reciente libro de JOSÉ ANTONIO MARAVALL, *Las Comunidades de Castilla*, 1963.

(29) VILLAR Y ROMERO, "La Comunidad de tierra de Santa María de Albarracín", en *Libro Homenaje a Jordana de Pozas*, III, 2, 1962, pág. 233.

(30) *La Comunidad y Tierra de Segovia*, 1894, pág. 107.

(31) Ley 8, tit. I, lib. VII de la Nueva Recopilación.

Campoó, Maderuelo y Pedraza, Soria y Guadalajara, Cuenca, Atienza, Madrid, Arévalo y Sepúlveda.

3. En el siglo XIX se interrumpió bruscamente la pujante vida de las Comunidades de Tierra (32) mediante una simple y accidental Real Orden que dispuso inesperadamente su disolución y venta de su patrimonio.

El 31 de mayo de 1837, siendo PITA Ministro de la Gobernación, al resolverse un expediente particular relativo a unos pueblos de la Provincia de Soria, se publicó una Real Orden en la que

> conformándose S. M. con lo que expuso el suprimido Consejo Real de España e Indias, teniendo presente que restablecida en su vigor la Ley de Cortes de 3.2.1823, corresponde que se formen Ayuntamientos en los pueblos que deban tenerlos con arreglo a dicha ley y a la Constitución política de la Monarquía; y considerando por lo tanto innecesarias y aun gravosas la existencia no sólo de las citadas Universidades y Ayuntamientos generales de San Pedro Manrique, Caracena y otros, sino también la de la Junta o Universidad de los ciento cincuenta pueblos de la tierra, cuyas atribuciones deben hoy confiarse a los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales; se ha servido S. M. disponer:
>
> 1.º Que se supriman las Juntas o Ayuntamientos generales de las Universidades de tierra de San Pedro Manrique, Caracena y cualquier otra de esa clase que se halle establecida en esa provincia (Soria).
>
> 2.º Que con arreglo a las órdenes vigentes se enajenen sus propios para redimir los censos que sobre sí tienen, empleando el resto en beneficio de los pueblos y el repartimiento entre ello mismos y con igual destino de las existencias de sus Pósitos.
>
> 4.º Que igualmente se suprima la Junta de la Universidad de los ciento cincuenta pueblos de la tierra, recogiéndose sus papeles y documentos en el archivo de esa Jefatura política.
>
> Igualmente que V. S. oyendo a la Diputación provincial, informe si entre las atribuciones que tenía la citada Junta, hay alguna cuyo desempeño no pueda completamente caber en el de

(32) No existen estudios monográficos sobre las Comunidades de Tierra. Por excepción, en el muy pormenorizado "estudio histórico legal" de CARLOS DE LECEA sobre *La Comunidad y Tierra de Segovia*, 1894, puede verse la evolución de la misma en todas sus épocas.

las ordinarias funciones que a los Ayuntamientos en sus localidades y a las Diputaciones provinciales en sus casos, están designadas en la Constitución política de la Monarquía y en las demás leyes vigentes.

Y habiéndose servido S. M. mandar que dicha resolución sirva de regla general para los casos de igual naturaleza, lo digo a V. S. de su Real Orden para los efectos consiguientes.

El primer problema que plantea esta R. O. es el de su generalidad que, no obstante declararse así expresamente, fue discutida durante algún tiempo, teniendo en cuenta los concretos antecedentes que la motivaron, de cuyas dudas se hacen eco autores contemporáneos como VILLAR Y ROMERO y ALVAREZ GENDIN (33).

Pero creemos que estas dudas se pueden desvanecer en razón a las siguientes consideraciones:

Primera: el mismo tenor literal de la Real Orden, que advierte en su párrafo último que su criterio "sirva de regla general para los casos de igual naturaleza". Técnica legislativa muy común durante el siglo pasado.

En segundo lugar, así fue reconocido por la práctica administrativa y por las propias Comunidades, que fueron disolviéndose paulatinamente. Y si bien es cierto que algunas subsistieron —los autores citados hacen un argumento de los casos de Segovia y Cuéllar— fue con un carácter de excepcionalidad que las propias autorizaciones gubernativas (34) se cuidaron muy bien de subrayar.

Y en tercer lugar, porque así fue reconocido y declarado por una reiterada jurisprudencia:

S. 25.7.1868: Vistas las reales órdenes de 8.10.1836 y 31.5. 1837, por las cuales se suprimieron las Juntas o Ayuntamientos

(33) El último en su reciente *Tratado General de Derecho Administrativo*, II, 1963, págs. 313 y sigs. VILLAR Y ROMERO en *La Comunidad de Tierra...*, cit.

(34) Pueden consultarse en LECEA, *La comunidad...*, cit., páginas 143 y sigs. Para este autor, su generalidad, aunque injustificable, no admite réplica.

generales de universidades de tierra, quedando sus atribuciones confiadas a los Ayuntamientos, y en su caso a las Diputaciones provinciales. Considerando que extinguida en virtud de las reales órdenes citadas al principio la universidad de tierra de Segovia, como todas las de su clase, no es posible reconocer actualmente su existencia legal ni los derechos que a su nombre se reclaman, los cuales fueron transferidos a las Corporaciones municipales de los pueblos que la formaron.

S. 31.5.1870: "Suprimidas en 1837 las Comunidades de tierra, como se reconoce en la Real orden reclamada".

S. 30.3.1872: Considerando ... que al disponer la R. O. de 31.5.1837 y las posteriores dictadas en conformidad con la misma que se suprimiesen las juntas generales de universidades de tierra ...

S. 31.3.1873: Considerando que en virtud de lo dispuesto en las RR. OO. de 28.3.1864 y 3.4.1866, expedidas por el Ministerio de la Gobernación, en cumplimiento de lo que prescribe la de 31.3.1837, quedó disuelta la Universidad o Asocio de la ciudad de Avila y su tierra, y se mandó hacer la partición de sus bienes ... Considerando que consentidas y firmes las precitadas RR. OO., no puede reconocerse en la actualidad la existencia legal de dicho Asocio, ni los derechos que en su nombre se reclaman por la Diputación provincial y por el Ayuntamiento de Avila.

S. 11.6.1873: Considerando que las antiguas Comunidades denominadas de campo y tierra que algunos pueblos tenían organizadas en virtud de convenios o de particular autorización y conjuntas para dirigir el disfrute de pastos u otros productos de las fincas en que todos eran partícipes ... quedaron extinguidas al perder tales juntas sus atribuciones y representación.

Después de lo que antecede habrá de admitirse ya la generalidad de la R. O. tantas veces citada, por muy dura e injustificada que parezca, y que, en todo caso, la ha hecho merecedora de la violenta crítica de LECEA: "La lectura de esta disposición oficial, revela claro como la luz del día que el Ministro que la dictó y el Negociado que la propuso, no sólo se arrogaron facultades legislativas, al disponer la venta de los bienes de propios y su destino, sino que ignoraban por completo lo que eran las Comunidades o Universidades de tierra y que, por ignorarlo, y por haber supuesto que se

trataba simplemente de Ayuntamientos irregulares, que funcionaban o ejercían el gobierno municipal en algunos o en muchos pueblos, con detrimento o en sustitución de Municipios que no existían, siendo así que, con arreglo a la Ley y a la Constitución debía haberlos en todos los del reino, confundieron los unos y los otros y suprimieron inconscientemente Cuerpos y Juntas, cuyas funciones administrativas, limitadas a regir el uso, distribución y aprovechamiento de los bienes comunes, eran distintas en todo y por todo de los Ayuntamientos encargados de la administración de los propios, arbitrios y demás ramos comprendidos en el régimen privado de cada pueblo" (35).

4. Ahora bien, sería desconocer la realidad española el afirmar que una simple Real Orden es capaz de desarraigar de nuestro país una institución consuetudinaria. Las Comunidades de Tierra siguieron existiendo de hecho, más o menos precariamente, e incluso algunas alcanzaron por primera vez reconocimiento oficial (36). No obstante, la eficacia de esta disposición administrativa fue muy grande en razón a que en su cumplimiento colaboraron con celo extraordinario los egoísmos particulares, ya que la extinción de una Comunidad suponía la enajenación de sus bienes, y nunca

(35) *La Comunidad*..., cit., págs. 141-142. Este mismo autor (páginas 8-10), desarrollando la idea del texto, aun sin discutir la validez de la R. O. de 1837, opone serias dudas a la posibilidad de su ejecución *real*, con la consecuencia de que las Comunidades de Tierra podrían haber seguido existiendo aun después de esta fecha: "siempre creímos que era materialmente imposible extinguir la Comunidad y repartir sus bienes y derechos, aunque las disposiciones oficiales así lo ordenasen. Las inscripciones nominativas, libradas por el Estado a favor de la Comunidad, en compensación de sus bienes desamortizados, ésas sí que se podrían repartir...; pero los pinares de la Comunidad, que son indivisibles por la ley, el disfrute de leñas secas y muertas sobre fincas propias y ajenas, y el aprovechamiento de pastos sobre esas mismas fincas y derechos, que pertenecen a los pueblos comuneros, ¿cómo y de qué manera se habrían de repartir?..., cuando hay de por medio aprovechamientos y disfrutes de pastos y leñas, que pueden ser gozados individualmente por los dieciocho mil y pico vecinos que componen los pueblos de la comunidad, las dificultades aumentan y suben de punto, hasta llegar a lo imposible".

(36) En Navarra y Zamora, según afirman VILLAR Y ROMERO (obra citada, pág. 225) y ÁLVAREZ GENDÍN (ob. cit., pág. 313), pero sin aportar datos concretos.

faltaban vecinos, forasteros y hasta extranjeros (piénsese en la Compañía belga que, mediante persona interpuesta, adquirió a un precio irrisorio los pinares de El Paular) dispuestos a realizar buenos negocios al amparo de la R. O. de 1837.

Por otro lado, era imposible la liquidación rigurosa de las Comunidades de Tierra, ya que la R. O. de 1837 nada había dispuesto sobre el destino de una parte de sus bienes: los de aprovechamiento común. Ya se ha visto que en su artículo primero dispuso la enajenación de los bienes *de propios;* pero, ¿qué hacer con los de aprovechamiento común? ¿Debían subsistir las Comunidades respecto a ellos o procedía también su enajenación y, en su caso, de qué manera? Las leyes desamortizadoras generales agudizaron aún más el problema al excluir de las enajenaciones los bienes de aprovechamiento común.

En esta alternativa, la Administración adoptó una postura, aunque firme, muy prudente: insistiendo en la extinción legal de las Comunidades, autorizó la supervivencia provisional de sus Juntas a los efectos de la liquidación del Patrimonio y de la administración de los bienes comunales, y en cuanto a éstos, se las encomendaba la repartición de común acuerdo entre las corporaciones titulares:

> "...procurándo ponerse de acuerdo —dice la R. O. de 22.12. 1840— los pueblos de la Comunidad, a fin de acordar el modo más conveniente de realizar la división de los derechos comunales y adjudicar a cada participe la parte que en aquélla represente, informando a V. S. lo que se resuelva sobre el particular, para adoptarse en su vista las providencias que se juzguen oportunas. Debiendo, pues, acatarse y obedecerse lo ya resuelto por S. M. en este punto, como asi lo ha reconocido el Consejo, resta sólo ejecutar a la Administración lo mandado, y en su consecuencia debe V. S. y los representantes de los demás pueblos tener entendido la conveniencia general que resultará de que proceda en la adjudicación parcial que ha de hacerse a cada pueblo, la armonía, buena fe y templanza con las que únicamente pueden conciliarse las divergencias que sugieren, procurando cada cual, en respeto de la Real resolución, ceder algún tanto de su derecho, dando así cima a un asunto tan complicado".

"... procure se pongan de acuerdo —dice la R. O. de 4.6.1857— los pueblos que poseen en común los referidos bienes, a fin de dividirlos entre sí, adjudicándose a cada uno la parte que le corresponda según los derechos que represente en la Comunidad, para evitar los graves inconvenientes que ofrecen esta clase de comunidades".

Con la advertencia de que en esta fase no se dictó una disposición de tipo general como la de 1837, sino que se reglamentaron individual y concretamente cada una de las Comunidades de tierra o, al menos, las más importantes. De algunas hemos podido recoger noticia. LECEA ha informado sobre la situación de Cuéllar (R. O. 22.12.1840) y con todo detenimiento sobre la de Segovia (R. O. 4.6.1857) (37). Para Avila se dictaron las RR. OO. de 28.3.1864 y 3.4.1866 (38).

Además de esto, y con carácter general, se dispuso el mantenimiento de los estados posesorios existentes, con objeto de prevenir las usurpaciones particulares y de municipios en momentos en que la disolución de las Comunidades hacía prever una grave debilitación de los sistemas defensivos de la propiedad comunal. De esta situación nos informa la sentencia de 15.6.1872:

"Según las disposiciones 2 y 3 de la R. O. de 17.5.1838 y la constante jurisprudencia establecida tanto por el Consejo Real como por el de Estado en su conformidad, interin no se promulgue la ley sobre división territorial, anunciada en el R. D. de 30.11.1833, debe mantenerse la posesión de los pastos públicos y demás aprovechamientos de una sierra o de una tierra de ciudad o villa, o del Sesmo, o de otro distrito común de cualquiera denominación, tal como ha existido de antiguo; sin perjuicio de que si alguno de los pueblos comuneros o sus Ayunta-

(37) La administración de esta *extinguida* comunidad se encomendaba a una "Junta de investigación y administración de bienes de la Comunidad y Tierra", cuyos trabajos plasmaron en la Concordia liquidadora de 26.4.1865, que transcribe LECEA en las páginas 443 y siguientes de su libro.

(38) Aparecen citadas y extractadas en los resultandos de la sentencia de 31.3.1873. Por R. O. de 28.5.1863 se había mandado proceder a la disolución de dicha Universidad, con repartimiento de sus bienes (según se cita en la sentencia de 30.1.1868, en la que se advierte que todas estas RR. OO. no aparecen en la Colección legislativa).

mientos pretendieren corresponderles el usufructo privativo para sus vecinos, en todo o en parte de su término municipal, se le reserve su derecho, del que podrá usar en Tribunal competente, pero sin alterar esa posesión y aprovechamienuto común, hasta que judicialmente se declare la cuestión de propiedad".

Acaba de aludirse a la incidencia de la legislación desamortizadora general sobre la liquidación de las Comunidades de tierra. Recuérdese que el número 9 del artículo 2 de la Ley de 1.5.1855, excluía de la enajenación forzosa a los bienes de aprovechamiento común "previa declaración de serlo, hecha por el Gobierno, oyendo al Ayuntamiento y Diputación provincial respectivos". Invocando este precepto solicitaron muchas Comunidades de Tierra la exclusión de parte de sus bienes, dando lugar con ello a frecuentes litigios y a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sentó la doctrina de que las Comunidades carecían de personalidad para solicitar estas exclusiones no solo —y esto ya sería bastante— porque legalmente habían dejado de existir, sino, además, porque la legislación había encomendado estos trámites a los Ayuntamientos con carácter exclusivo, con lo cual se eliminaba también la posibilidad legal de que hicieran estas solicitudes las "Juntas administradoras" de los bienes de las antiguas comunidades.

Así lo declara expresamente la sentencia de 25.7.1868 respecto de la ya citada "Junta de investigación y administración de bienes de la Comunidad y Tierra de Segovia":

"Vistos los artículos 1 y 4 del R. D. de 10.7.1865, que ... atribuyen exclusivamente a los Ayuntamientos el derecho de reclamar las excepciones de venta de los terrenos de aprovechamiento común.

Considerando que la expresada universidad no se halla exceptuada de dichas disposiciones por la R. O. de 7.7.1857, traída a los autos por el demandante, toda vez que al resolverse en ella la forma provisional de administrar sus bienes, dispuso también que poniéndose de acuerdo los pueblos poseedores en común, se dividieran aquéllos, adjudicándose a cada uno la parte que le correspondiera".

Y la sentencia de 4.5.1868 para la Universidad de Piedrahita:

> "Considerando que los Alcaldes demandantes solicitaron la excepción de los terrenos de que se trata en común y colectivamente y en concepto de representantes de la Universidad de Villa y tierra de Piedrahita. Considerando que disueltas por la citada R. O. de 31.5.1837 dichas antiguas Juntas Generales y entre ellas la indicada, carecen de personalidad los reclamantes para gestionar en común reclamando derechos de aquella antigua asociación".

Y en el mismo sentido la de 31.3.1873 respecto de la antigua Universidad o Asocio de la ciudad de Avila y su tierra:

> "Considerando, por tanto, que es indispensable que se realice previamente la división y deslinde de la parte de bienes que a cada pueblo se adjudique en los de la suprimida Universidad, a fin de que puedan ejercitar sus respectivos Ayuntamientos el derecho de que se crean asistidos para reclamar la excepción de la venta como de aprovechamiento común ...
>
> Considerando que por los mismos motivos en la R. O. de 12.10.1865, se desestimó otra pretensión idéntica del administrador que fue de la expresada Universidad, en la cual se consigna también el principio de que extinguida ésta, ninguna representación tenia el recurrente ni había términos hábiles para la declaración solicitada, porque el derecho reservado a los referidos pueblos en la R. O. de 3.4.1866 sólo pueden ejercerle sus respectivos Alcaldes".

Y muchos años después, la sentencia de 20.10.1900 seguía insistiendo en la misma doctrina, referida ahora a la Comunidad de Albarracín:

> "Considerando que aun prescindiendo de la supresión y abolición absoluta de las antiguas comunidades de tierra ... hay que aceptar que ninguna puede conservarse y subsistir sino dentro de las limitaciones que a todas las instituciones de esta clase impone la Ley municipal, y con las únicas facultades que la misma disposición orgánica les otorga, entre las cuales no está la de intervenir en asuntos que afectan al interés público, como son todos los que se relacionan con las leyes de desamortización, su cumplimiento y excepciones.

Considerando que la Ley orgánica municipal, en armonía con esto, declara de la competencia de los Ayuntamientos todo lo referente a los bienes y aprovechamientos comunales, y que las disposiciones reglamentarias de esta atribución encomiendan a las mismas Corporaciones la gestión e intervención obligadas en los expedientes necesarios para declarar exceptuados de la desamortización los mismos aprovechamientos y bienes, los gastos y promoción de dichos expedientes.

Esta reiterada doctrina no se ve contradicha, sino más bien completada por aquella otra que admite la inalterabilidad de las Comunidades en aquellos casos en que cada uno de los pueblos que las integran disfruta de una parte concreta y determinada de los bienes, como si fueren suyos propios, ya que en estos casos no se trata de las Comunidades de Tierra en sentido estricto, que son las contempladas por la R. O. de 1837.

Así se deduce de la sentencia de 30.3.1872:

"Considerando que la merindad y Ayuntamiento de Sotos Cuevas tenía y conservó los montes, prados y terrenos de que se trata con la debida separación y deslinde, aprovechando cada aldea y lugar los que le pertenecían y, por tanto, al disponer la R. O. de 31.5.1837 y las posteriores dictadas en conformidad a la misma que se suprimiesen las Juntas Generales de Universidades de Tierras, no se alteró la situación particular en que se encontraban aquellos terrenos, ni pudo afectar al citado Municipio".

El criterio fundamental para determinar la aplicación de la R. O. de 1837 es el de la existencia de una persona jurídica distinta y separada de cada uno de los pueblos que la integran. Cuando no existe tal persona jurídica, bien sea porque los bienes se disfrutan separadamente (como en el ejemplo anterior), o porque se trata de simples comunidades de pastos que disfrutan varios pueblos en común, pero sin llegar a formar un ente distinto, entonces no existe comunidad de tierra en sentido estricto.

Así lo declara terminantemente la sentencia de 15.6.1872:

"Esa medida general (la R. O. de 1837) no es aplicable a la mancomunidad de pastos y otros aprovechamientos, que, como sucede en la de H., no se habían constituido y organizado con juntas generales, estatutos y demás circunstancias especiales que expresa la predicha Real Orden; y si alguna duda pudo ocurrir acerca de que ésta debía ser su genuina inteligencia de separación después de publicada la R. O. de 17.5.1838 y jurisprudencia contenciosa anteriormente citadas" (39).

5. Si la Ley municipal de 1845 nada hizo para evitar la ruina de las Comunidades de Tierra (40), la de 20 de agosto de 1870, al admitir la posibilidad de su existencia, cerró el paréntesis que se había abierto treinta y tres años antes y del que sólo habían logrado supervivir las Comunidades más resistentes y poderosas. En efecto, su artículo 75 dispuso que:

"Los Ayuntamientos pueden formar, entre sí y con los inmediatos, asociaciones y comunidades para la construcción y conservación de caminos, guardería rural, *aprovechamientos vecinales* y otros objetos de su exclusivo interés. Estas comunidades se regirán por una Junta compuesta por un delegado por cada Ayuntamiento, presidida por el vocal que la Junta elija".

De esta manera no se reconocían en bloque las Comunidades de Tierra existentes en 1837, o al menos las supervivientes de 1870, pero se abría un marco jurídico al que se podrían acoger las Comunidades a las que interesase subsistir: había terminado la rigurosa prohibición de la R. O. de 31.5.1837. De ello se dio perfecta cuenta la jurisprudencia, y así, al reflexionar la sentencia de 14.6.1870 sobre la existencia de una Comunidad en contra de la R. O. de 1837, termina diciendo:

Además, esta cuestión carece en la actualidad de importancia, porque conforme al artículo 75 de la vigente Ley municipal ... disposición legal posterior al acuerdo administrativo impugnado ... y que autoriza la *subsistencia y creación* de comunidades de igual naturaleza que la establecida entre los Ayunta-

(39) A la que nos hemos referido páginas más arriba.

(40) A las que para nada alude en su articulado: ni siquiera para ordenar su liquidación, tal como había hecho la R. O. de 1837.

mientos de Hijar y los demás de que se ha hecho mención, quedando sometidas al régimen y condiciones prevenidas.

La Ley municipal de 2 de octubre de 1877, después de reproducir en su articulo 80 el 75 de la ley anterior, se preocupó de regularlas con más detalle en el artículo 81, que dice así:

"El Gobierno de S. M. cuidará de fomentar y proteger por medio de sus delegados las asociaciones y comunidades de Ayuntamientos para fines de aprovechamientos vecinales ... sin perjuicio de los derechos adquiridos hasta hoy. Estas Comunidades serán siempre voluntarias y estarán regidas por Juntas de delegados de los Ayuntamientos que celebrarán alternativamente sus reuniones en las respectivas cabezas de los distritos municipales asociados.

Cuando se produzcan reclamaciones sobre la manera como actualmente son administradas *las antiguas comunidades de tierra*, el Gobierno, oyendo al Consejo de Estado, podrá someter dichas comunidades a lo dispuesto en el artículo anterior, salvas las cuestiones relativas a los derechos de propiedad hasta hoy adquiridos, que quedarán reservados a los Tribunales de Justicia.

La Ley de 1877 va, pues, más allá de lo que anunciaba el artículo 75 de la de 1870, puesto que reconoce de plano la existencia de las antiguas comunidades de tierra e incluso sus formas peculiares de administración, y sólo las somete a los cauces de las asociaciones generales en los supuestos de "reclamaciones".

En esta línea liberatoria se encuentra la R. O. de 1.7.1892, que ratificó su subsistencia y les permitió su reglamentación interna. Y también anima este mismo espíritu la R. O. de 22.1.1907 que, oponiéndose a las pretensiones interventoras del Gobernador civil, declara que

"no puede ser atribución del Gobernador el ejercicio de funciones que exclusivamente corresponden al modo de funcionar de los Ayuntamientos o las Comunidades, como son, entre otras, el nombramiento y separación de los empleados que pague de sus fondos".

No debe olvidarse, sin embargo, por otra parte, que el reconocimiento oficial de las Comunidades de tierra en nada estorbaba la aplicación de las leyes desamortizadoras y, por tanto, sus bienes siguieron vendiéndose de una forma inexorable. Legalmente todos los bienes de propios de estas Comunidades debieron haber sido vendidos ya al comenzar el siglo XX, con lo cual la misión de las mismas hubiera quedado reducida a la administración de los bienes exceptuados, fundamentalmente los comunales. Lo que sucede es que por unas razones o por otras pudieron lograr algunas comunidades, salvar de la enajenación bienes de propios, y a partir de la abolición de la legislación desamortizadora, han podido disfrutar regularmente junto a sus bienes comunales, otros de propios, en ocasiones muy cuantiosos.

Posteriormente, el Estatuto municipal de 1924 determinó sumariamente que

> las mancomunidades existentes conservarán su régimen actual si no deciden modificarlo (artículo 10),
>
> la representación legal de las mancomunidades corresponde a los organismos y personas que determinen sus Estatutos, y tendrán plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines (artículo 11).

En el artículo 29 de la Ley Municipal de 1935 se consigna, por último, que:

> se respetarán las antiguas Comunidades de tierra, y si se produjeren reclamaciones sobre su administración, el Ministerio de la Gobernación, previo acuerdo del Consejo de Ministros e informe del de Estado, podrá someter dichas comunidades a lo dispuesto en este capítulo (el primero del título I), sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse en la jurisdicción ordinaria.

6. La vigente legislación local dedica a las Comunidades de Tierra los siguientes preceptos:

Art. 40 LRL:

> Se respetan las antiguas comunidades de tierra. Si se produjeran reclamaciones sobre su administración, compete resolverlas en única instancia al Ministro de la Gobernación, pu-

diendo ordenarse por el Consejo de Ministros que los respectivos Municipios se constituyan en agrupaciones forzosas.

Art. 101 del Reglamento de Organización:

Las Comunidades de Tierra, Villa y Tierra, pastos, leñas, aguas, Universidades y Asocios de cualquier índole, se regirán por sus normas consuetudinarias o tradicionales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley y en la Sección tercera del Reglamento de Población y demarcación territorial de las Entidades Locales.

Reglamento de Población:

Art. 69.

1. Las Entidades conocidas por las denominaciones de Comunidades de Tierra, o de Villa y Tierra, Asocios, Universidades, Comunidades de pastos, leñas, aguas y otras análogas, continuarán rigiéndose por sus normas consuetudinarias o tradicionales, y sin perjuicio de la autonomía de que disfrutan, deberán ajustar su régimen económico en cuanto a formación de Presupuesto y rendición de cuentas, liquidaciones, inventarios y balances, a lo prescrito en la Ley.

2. Si se produjeran reclamaciones sobre su régimen y administración, competerá resolverlas, en única instancia al Ministro de la Gobernación, previo informe del Gobernador civil y con audiencia de la Diputación provincial.

Art. 70.

Estas Entidades enviarán al Ministerio de la Gobernación por conducto del Gobierno Civil, copia de sus Estatutos en vigor, informe sobre sus normas de funcionamiento y copia de las modificaciones que se introduzcan en aquéllos o en éstas.

Art. 71.

El cargo de Secretario o Secretario-contador, y los de Interventor o Depositario de fondos, si lo hubiere, serán provistos por las propias Comunidades, con funcionarios que pertenezcan a los Cuerpos nacionales mediante concurso, según normas que dicte la Dirección General de Administración Local.

Art. 72.

El Consejo de Ministros, en casos de necesidad o conveniencia pública, y a propuesta del Ministro de la Gobernación, podrá ordenar, si cesare la Comunidad, que los respectivos Municipios se constituyan en Agrupación forzosa para la misma finalidad que antes realizaron voluntariamente.

7. El artículo 70 del Reglamento de Población ha chocado, por desgracia, con la pasiva resistencia que tan frecuentemente ofrecen los Entes locales de España a las inspiraciones centralistas, siquiera sean tan poco peligrosas como éstas, y a falta de su cumplimiento nos hemos quedado sin ese cuadro completo de la vida de las Comunidades de Tierra que nos hubiera dado la lectura del conjunto de sus ordenanzas, y ni siquiera sabemos el número exacto de las que existen.

Hecha esta salvedad, relacionamos a continuación la serie de Comunidades de tierra, de las que Nemesio RODRÍGUEZ MORO ha ido teniendo noticia a lo largo de su vida profesional, y que ha tenido la amabilidad de facilitarnos:

Provincia	*NOMBRE*	*Fecha Reglamento*	*Presupuesto Pesetas*
Albacete	Mancomunidad Forestal de Ayna	4. 6.1948	232.366
	Mancomunidad de Hellín (espartizales)	5. 4.1957	101.000
Almería	Junta de Montes de los Veintiuno de Beires		
Avila	Mancomunidad municipal Asocio de la Extinguida Universidad y Tierra de Avila	21.12.1951	8.351.467
Badajoz	Mancomunidad Ayuntamiento de Alburquerque y S. Vicente de Alcántara	20. 5.1955	460.355
Burgos	Junta Administrativa de Valtierra de Riopisuerga	20. 2.1888	

Provincia	*NOMBRE*	*Fecha Reglamento*	*Presupuesto Pesetas*
	Comunidad de Villa y Tierra del Monte Valderrosaldo...		
	Junta de Valdeagés		
	Junta de Tasugueras	22. 7.1843	
	Comunidad de Villa y Tierra de Arlanzón	25. 6.1954	
	Comunidad de Barbadillo del Mercado		
	Comunidad de Villa y Tierra de Lerma		
	Comunidad de Villa y Tierra de Maza		
	Comunidad de Villa y Tierra de Roa		
	Comunidad de los Siete Pueblos del Valle de Sotoscueva		
	Comunidad de Quintanares...	7.11.1891	
Guadalajara	Común de la Tierra del Señorío de Molina	24.11.1788	
Huesca	Mancomunidad Forestal de Aspe-Used-Bentué		
	Mancomunidad Forestal del Valle de Aisa	7. 6.1928	830.126
	Mancomunidad Forestal del Valle de Aragués del Puerto-Jaca		4.951.800
	Comunidad de Barbenuta y Espierre		
	Mancomunidad del Valle de Broto	26.11.1925	376.200
	Mancomunidad de Buesa y Broto		96.964
	Mancomunidad Forestal de Linas de Broto, Broto y Fragen	7. 2.1929	136.230
	Mancomunidad Forestal del Monte "Jali"	31. 1.1928	668.210
	Mancomunidad Forestal de Hecho-Urdues		4.000.000

Provincia	NOMBRE	Fecha Reglamento	Presupuesto Pesetas
	Mancomunidad de Laspuña-Torrelisa		
	Mancomunidad Forestal de Sin, Señes y Serveto		280.762
	Mancomunidad de Sallent de Gállego y Lanuza		
Lérida	Mancomunidad Forestal del Valle de Arán	25. 6.1926	450.000
Santander ..	Asociación y Comunidad de Campoó y Cabuérniga		
	Juntas Vecinales de Aes, Hijas y Corvera		
	Mancomunidad de Hazas de Cesto y Solórzano	3. 3.1958	
	Bielva y Rábago		
	Bielva y Labarces		
	Rábago y Labarces		
	Cabanzón, Cades, Camijanes y Casamanía y Ayuntamiento de Lamasón		
	Consejo Mayor de Valdearroyo		
Segovia	Comunidad de Villa y Tierra de Coca	30.12.1623	2.670.593
	Comunidad Antigua de Villa y Tierra de Cuéllar	9. 3.1954	7.318.397
	Comunidad de Villa y Tierra de Fuentedueña	5. 4.1925	2.527.353
	Comunidad de Villa y Tierra de Cantespino		23.500
	Comunidad de Migueláñez, Domingo García y Ortigosa de Pestaño		474.900
	Comunidad de Villa y Tierra de Pedraza	4.12.1953	
	Comunidad de Ochavo de Prádena	9. 2.1953	67.589

Provincia	NOMBRE	Fecha Reglamento	Presupuesto Pesetas
	Comunidad de San Benito de Gallegos	9. 7.1955	274.966
	Comunidad de la Ciudad y Tierra de Segovia	10.12.1918	3.658.398
	Comunidad de Villa y Tierra de Sepúlveda	19. 2.1954	1.147.955
Soria	Comunidad de 150 pueblos de la Tierra de Soria		37.000.000
	Mancomunidad de Almazán, Matamala, Tardelcuende y Agregados	30. 3.1926	360.405
	Comunidad de la Villa de Yanguas y su Tierra		
	Mancomunidad del Monte Comunero de Abajo, n.º 115 del Catálogo		
	Mancomunidad del Monte Comunero de Arriba, n.º 116 del Catálogo		
Teruel	Comunidad de Albarracin	30. 8.1933	12.030.375
Valladolid	Comunidad de Villa y Tierra de Iscar	12. 5.1908	618.580
	Comunidad de Villa y Tierra de Portillo		1.750.000
	Comunidad de Villa y Tierra de Peñafiel		21.970
Vizcaya	Mancomunidad (sin nombre) de Ceanuri y Ubidea		
	Comunidad de Sierra Salvada Baja		

8. El desarrollo consuetudinario y localista de las Comunidades de Tierra no permite reducir a unos trazos generales sus variados regímenes jurídicos. No obstante, la vigente legislación es lo suficientemente concreta como para permitirnos una breve exposición de sus características más fundamentales.

A) El problema de su reconocimiento ha sido resuelto sin reservas por el artículo 40 LRL: *Se respetan las antiguas comunidades de tierra.* Respeto que se extiende tanto a las conocidas como a aquellas otras que viven de espaldas a toda la organización administrativa y legal e incluso a aquellas que no tienen conciencia de su propia personalidad. Esta observación es importante porque puede servirnos para calificar jurídicamente una serie de entes, de coloración legal indefinida, que aparecen con cierta frecuencia en la realidad. A nuestro modo de ver, si en los mismos concurren los caracteres propios de las "antiguas comunidades de tierra", pueden calificarse de tales, cualquiera que sea su denominación e incluso cuando carezcan de ella, con el resultado de que, por lo pronto, se les reconoce personalidad y, más ampliamente, quedan sometidos al régimen genérico de estas Comunidades, con lo que se pone fin a su habitual inseguridad jurídica.

B) Nada dice la ley sobre la posibilidad de constituir nuevas Comunidades de Tierra en el futuro; a primera vista parece, incluso, que *a sensu contrario* se rechaza esta hipótesis. Como hemos de desarrollar en el último Capítulo de esta obra, no se trata de una cuestión baladí, puesto que puede significar una fórmula necesaria para habilitar una coordinación intermunicipal sobre montes, cuya explotación por cuenta de los municipios aislados sea antieconómica. En estos supuestos la pregunta es: ¿pueden agruparse a tales fines los diferentes municipios en una Comunidad de Tierra?

Precisemos: como es obvio, si nos atenemos a la letra del artículo 40 LRL, no es posible constituir *para el futuro una antigua Comunidad* de Tierra, pero si puede constituirse una mancomunidad municipal voluntaria que, a nuestros efectos, es lo mismo que una comunidad de Tierra, ya que éstas, al fin y al cabo, no son más que variedades del género mancomunidad-agrupación. Así se desprende de las siguientes razones:

a) La administración de sus bienes (objetivo de las Co-

munidades) es uno de los "fines de la competencia municipal" (objetivo de las Mancomunidades, según el artículo 29 LRL).

b) El artículo 40, que regula las Comunidades se encuentra en una sección titulada "De las Mancomunidades voluntarias y de las Agrupaciones municipales forzosas".

c) Tanto los municipios que se mancomunan (artículo 30 LRL) como los que forman una Comunidad de Tierra (así en la realidad) pueden pertenecer a diferente Provincia.

d) Tanto las Mancomunidades (artículo 31 LRL) como las Agrupaciones forzosas (artículo 38 LRL) como las Comunidades de Tierra (art. 69 R. Población) se rigen por sus propios Estatutos.

e) Todas tienen capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines y su representación corresponde a los organismos determinados por los Estatutos (arts. 32 y 38, 2 LRL).

Existen, bien es verdad, algunas diferencias que, aunque no esenciales, deben ser tenidas en cuenta, y son las siguientes: Primera: las resoluciones de las Mancomunidades y Agrupaciones agotan la vía administrativa, mientras que en las Mancomunidades de Tierra cabe, en casos, recurso ante el Ministro de la Gobernación, y segunda: en las Agrupaciones, las ordenanzas son dictadas por el Consejo de Ministros (artículo 38, 2 LRL), en las Mancomunidades son simplemente aprobadas por el mismo, e igualmente sus modificaciones; mientras que en las Comunidades basta con una notificación (artículo 70 Regl. Población).

La consecuencia es que podemos llegar a las siguientes afirmaciones:

1.ª) Para el futuro no pueden constituirse nuevas Comunidades de Tierra.

2.ª) Pero los mismos objetivos pueden conseguirse formando una Mancomunidad voluntaria o una Agrupación forzosa de Municipios.

3.ª) Puede constituirse una Mancomunidad voluntaria puesto que la administración de bienes es uno de los fines de la competencia municipal de que habla el artículo 29 LRL.

4.ª) Puede constituirse una agrupación forzosa porque así lo dispone para determinados casos el artículo 40 LRL. Conjugando este artículo con el 38 resulta que la Agrupación forzosa es posible: a) "cuando se produjeran reclamaciones sobre su administración", b) "para la ejecución de obras públicas subvencionadas por el Estado", supuesto no muy frecuente en relación con las misiones de las Comunidades de Tierra, pero, desde luego, no imposible (41).

C) La cuestión de su personalidad no ha sido resuelta expresamente por la legislación vigente; pero la jurisprudencia ha aclarado este punto de una manera terminante (42), afirmando que se trata de *personas jurídicas de organización corporativa y de interés público.*

Así la sentencia (civil) de 10.4.1954:

> "Si se atiende a los elementos reales y personales que las forman y al trato que se las ha dado a través de las evoluciones de la legislación municipal, por lo menos a partir de la Ley de 1877, habrá forzosamente que estimar que se trata de una Corporación de interés público, en primer lugar porque su forma es corporativa, fuera de la órbita de las disposiciones administrativas sobre asociaciones, los miembros que la componen no vienen a ella como individuos particulares, sino en virtud del cargo concejil de síndicos que la integran y en expresa representación de los mismos, dejando de ostentar tal representación y de pertenecer a la comunidad cuando cualquiera que fuere la causa, ya definitiva o temporal, cesan en el cargo concejil aludido ... y por otra parte, si se advierte que estas comunidades en sentido paralelo a las Agrupaciones de Ayuntamientos vienen siendo expresamente aludidas tanto en los artículos 80 y 81 de la Ley municipal de 1877, como en el ar-

---

(41) Tratándose de montes, véase la posibilidad de realizar agrupaciones forestales, que se estudia en el capítulo XVI.

(42) Recuérdese que entre 1837 y 1870 carecieron de personalidad por no tener existencia legal, y que posteriormente también les fue negada en materia de desamortización; pero hoy esta jurisprudencia ya no es de aplicación.

tículo 10 del Estatuto municipal de 1924, el 29 de la Ley de 1935, la base 3.ª de la ley de Bases de 1945 ... en todas las cuales se dispone que sean respetadas las dichas comunidades de tierra ... lo que revela la consideración de interés público que todas las citadas disposiciones legales sobre gestión mancomunada, otorgan a las entidades de igual clase que la demandada, habrá ineludiblemente que deducir que la comunidad a que se refiere este litigio (comunidad de tierra) es una persona jurídica de organización corporativa y de interés público".

D) En cuanto a su capacidad, ha de ser la adecuada para el cumplimiento de sus fines, pues, de otra suerte, sería incongruente encomendarlas unos fines sin dotarlas de la capacidad jurídica suficiente para que puedan cumplirles.

Véase la minuciosa doctrina de la sentencia de 6.2.1956:

Considerando que en los textos citados (Ley municipal de 1877 y Reglamento estatuario de 1951) se establece que las mancomunidades tendrán plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, precepto que debe armonizarse con el artículo 37 del Código Civil, conforme al cual la de las corporaciones se regulará por las leyes que las han creado o reconocido, categoría que con respecto al Asocio, incumbe lógicamente discernir al Reglamento especial de 1951.

Que si está legalmente atribuido al Asocio en la actualidad, la gestión de sus explotaciones de orden económico, sin limitación alguna, no parece incongruente ni anómalo admitir su concurrencia a los mercados, para adquirir las primeras materias indispensables en su fábrica, bien directamente o tomando parte en las subastas del ramo, máxime tratándose, no de las celebradas lejos de su asiento territorial, sino en uno de los Municipios integrantes de la Comunidad.

El Tribunal Supremo en una serie de sentencias de fechas 14.1.1914, 26.12.1929, y 14.1.1932, ha proclamado "los derechos civiles de la ciudad de Albarracín y su Comunidad" sobre determinados terrenos.

E) Las Comunidades de Tierra pueden poseer bienes de dos clases: de propios (salvados, como se dijo antes, de la desamortización) y de aprovechamiento comunal. Estos últimos serán bienes comunales atípicos en la terminología

que estamos manejando en esta obra. A esta doble categoría hace referencia la sentencia de 10.4.1954:

> "... los bienes de cuya gestión y aprovechamiento en común, según el artículo 6 del Reglamento por el que se rige, le están encomendados, son públicos por ser comunales o de propios de los pueblos ... que corresponden la comunidad, a cuyas cajas municipales habrá de ir en la proporción establecida la cantidad líquida que como beneficio se obtenga en virtud de la actuación de la comunidad administrando los tales bienes" (43).

F) Importa tener presente que los miembros de una Comunidad de Tierra no son los vecinos sino los Municipios o, mejor aún, los distintos entes corporativos integrados en ella. Por eso ha dicho JORDANA DE POZAS que en cuanto entidades supramunicipales, son asociaciones en las que los miembros son comunidades.

Ya hemos visto que en la legislación anterior se insistía en que los miembros habían de ser municipios; pero como ni la LRL ni sus Reglamentos dicen nada sobre el particular y además se rigen por sus "normas consuetudinarias y tradicionales", entendemos que si en éstas se admiten miembros que no tengan la condición de municipios ni aún la de Entidades locales menores, habrá que estar a sus ordenanzas.

Por otro lado, en las Comunidades de Tierra de mayor importancia y de más alto abolengo aparece un sujeto distinto: el sesmo, ochavo o cuadrilla en el que se agrupan varios municipios. De tal manera que la Comunidad se encuentra dividida primero en sesmos y éstos en cuadrillas. El sesmo supone un elemento estabilizador dentro de la evolución disgregadora que produce la continua aparición de nuevos municipios. Los derechos y obligaciones suelen girar

---

(43) Es imposible, por su variedad, entrar en las peculiaridades concretas de estos bienes en las distintas comunidades. Los de las de Segovia y Albarracin han sido estudiados con todo detenimiento por LECEA y VILLAR Y ROMERO en sus trabajos repetidamente citados.

en torno a los sesmos, que son invariables y con frecuencia iguales todos. De esta manera no se rompe el equilibrio tradicional total por causa de los nuevos municipios, sino que éstos sólo afectan al sesmo en que están integrados.

G) La influencia del sesmo suele ser doble. Por una parte, afecta a los aprovechamientos: cada sesmo tiene derecho a una cuota o participación fija en los beneficios totales; cuota abstracta que luego se distribuye anualmente entre los Municipios o vecinos que componen el sesmo.

Pero por otro lado actúa en un plano constitucional. No puede darse aquí una descripción pormenorizada de la organización de una Comunidad de Tierra, ya que varía de unos casos a otros y a los estatutos de cada una hemos de remitirnos; pero si se quisiera dar un esquema general, en las figuras más complejas, habría que señalar, además del Presidente (y en algunas un Gerente al que se encomiendan las explotaciones industriales), Secretario y Depositario, dos órganos colectivos: la Asamblea general, formada por representantes de todos los municipios y la Comisión Ejecutiva formada por delegados de los sesmos.

H) Las Comunidades de Tierra se rigen fundamentalmente por sus "normas consuetudinarias tradicionales", como dicen el artículo 101 del Reglamento de Organización y el 69, 1 del Reglamento de Población. Entre ellas habrá que contar a sus Estatutos, a los que se refiere el artículo 70 de este último Reglamento.

Ya hemos visto antes, cómo las Comunidades de Tierra, a diferencia de las Mancomunidades y de las Agrupaciones forzosas, tienen la autonomía más completa, pudiendo darse a sí mismas sus reglas, sin más obligación que la de comunicarlas al Ministerio de la Gobernación. Aunque bien es verdad, que, como ya se ha dicho, esta obligación en la mayoría de los casos no se cumple, y en otros, por el contrario, se someten los estatutos a la aprobación del Consejo de Minis-

tros: Así el "Reglamento de Régimen y Gobierno de la Mancomunidad Municipal Asocio de la extinguida Universidad y Tierra de Avila", que fue elevado al Consejo de Ministros y aprobado por éste en su sesión de 21.12.1951.

El Tribunal Supremo, con invocación del artículo 37 del Código civil, aplica también este cuerpo legal. Ya se ha visto la doctrina sentada por la sentencia de 6.2.1956. Igualmente la de 10.4.1954, tratándose de un contrato de transacción, aplica el artículo 1.812 C. c.

La sentencia de 2.7.1948 —relativa a la Comunidad navarra del Valle de Salazar— apunta una interesante doctrina al declarar inaplicables unas Ordenanzas, ya probadas, en un punto en que las mismas estaban en contradicción con la legislación:

> "Considerando que el objeto preciso de dichas ordenanzas fue sólo, según su propio epígrafe, "el régimen y mejor disfrute de los montes y bienes que particularmente, aunque proindiviso, pertenecen a los pueblos del Valle de Salazar" ... "sentado lo cual parece que rebase los claros limites de finalidad tan concreta el regular los recursos contra acuerdos de la Junta del Valle en contradicción precisamente con las normas generales vigentes en toda la provincia ... y en consecuencia, la Diputación de Navarra obró con acierto al no tener en cuenta las particularidades del artículo 51 de las Ordenanzas referidas, al señalar como norma aplicable al caso el Reglamento de la Administración Municipal de Navarra de 3.2.1928".

Lo que también parece indudable es la aplicación, con carácter subsidiario, de la LRL y especialmente de los preceptos referentes a Mancomunidades voluntarias y Agrupaciones forzosas, en cuya sección se encuentra (sección 3.ª del capítulo II, título I, libro I).

I) Un principio de intervención administrativa se consigna en el artículo 69, 1 del Reglamento de Población al hacerse la salvedad de que "sin perjuicio de la autonomía de que disfrutan, deberán ajustar su régimen económico en

cuanto a formación de presupuestos y rendición de cuentas, liquidaciones, inventarios y balances, a lo prescrito en la ley".

Obligación que en la práctica sólo cumplen las Comunidades más importantes.

J) El artículo 71 del mismo Reglamento establece ciertas peculiaridades respecto al nombramiento de los cargos de Secretario o Secretario-Contador, y de los de Interventor y Depositario de fondos, si los hubiere.

En cuanto nos es conocido, no ha dictado la Dirección General de Administración Local las normas a que se refiere el precepto.

K) Al regular las reclamaciones, el artículo 40 LRL se expresó de una manera bastante confusa, pues parecía dar a entender que "como resultado de una reclamación al Ministerio de la Gobernación, podía el Consejo de Ministros ordenar la constitución de una Agrupación forzosa".

El Reglamento de Población, con acierto, no sólo ha desglosado esta incongruente oración única en otras dos bien separadas, sino que las ha colocado en diferentes artículos, subrayando así la existencia de dos problemas distintos:

a) Reclamaciones: "Si se produjeran reclamaciones sobre su régimen y administración, competería resolverlas, en única instancia, al Ministro de la Gobernación, previo informe del Gobernador civil y con audiencia de la Diputación" (artículo 69, 2 R. Población).

Señalado queda que ésto supone una excepción respecto al régimen jurídico general de las Mancomunidades y Agrupaciones que, como tiene declarado la sentencia de 25.9.1950, agotan la vía gubernativa, siempre que recaigan sus resoluciones sobre materias de su propia y exclusiva competencia (44).

---

(44) MARQUÉS CARBO, *El Derecho local español*, I, 1957, pág. 206, considera aplicable este artículo a las Comunidades de Tierra.

Pero la duda surge al determinar el alcance de la expresión "régimen y administración", ya que estas palabras tienen un carácter abstracto que parece referirse a las normas sobre el régimen o a la marcha de la Administración, más que a los actos concretos realizados por los gestores de la comunidad. Sin embargo, creemos que esta interpretación es inadmisible y que lo que aqui se ha montado es un sistema ordinario de recursos. Bajo "régimen y administración" debe entenderse sencillamente actos de las Comunidades de Tierra.

L) En este lugar debe recordarse también, por último, la sentencia de 26.12.1919, cuya interesante doctrina puede tener frecuente aplicación en una materia en la que existe de ordinario una gran inseguridad jurídica. En esta ocasión el Tribunal Supremo declaró la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso en los casos en que la pretendida Junta de la Comunidad hubiere sido irregularmente formada y también respecto a materias que escapaban a su competencia administrativa, suponiendo que se tratase de una Junta legal:

> "desde el momento en que hubo acuerdo tomado por una entidad administrativa, aunque defectuosamente constituida, y adoptado con notoria incompetencia y manifiesta invasión de atribuciones, es indudable el deber del Tribunal de revocarlo, aun admitiendo la incompetencia de jurisdicción, pues otra cosa supondría consentir el caso de ilegalidad de una Corporación administrativa con indefensión en este caso de los interesados en la Comunidad".

> "son cosas distintas la incompetencia de la Administración activa para conocer del fondo de un asunto y la de los Tribunales de lo contencioso para apreciar el acierto con que se haya procedido al verificarlo, porque no se derivan la una de la otra, sino que, por el contrario, la jurisdicción contenciosa es la única que puede decidir, conforme a las leyes, si la Administración activa ha tenido o no competencia para conocer un asunto determinado".

V.—SERVIDUMBRES

1. *Las servidumbres vecinales como bienes comunales.*

El haber afirmado que la esencia de la comunalidad estriba en el aprovechamiento común nos lleva lógicamente a la conclusión de que las servidumbres vecinales —como las derrotas de pastos— son bienes comunales. Como esto supone una afirmación extraña en el Derecho administrativo, debemos desarrollarla, si bien brevemente, ya que en este libro no puede darse cabida al estudio minucioso de una cuestión que sólo le afecta marginalmente, y que está ya resuelta de modo terminante en el Derecho civil.

El artículo 182 LRL, al hablar de "bienes, derechos y acciones" (lo que parece encajar a los objetos o fincas entre los bienes y a las servidumbres entre los derechos) se produce bajo una técnica romanística que, no obstante su superación y perfilación por la doctrina, sigue vigente en buena parte de nuestras leyes.

Si tradicionalmente viene afirmándose que *los bienes de dominio municipal,* —como caracteriza el (hoy) 187 LRL a los bienes comunales— sólo se refieren a los bienes en sentido estricto, es decir al dominio; nuestra tesis afirma, por el contrario, que dentro de los mismos deben comprenderse los bienes en sentido amplio, es decir, también los derechos o más concretamente, cuanto pueda tener una significación económica para su titular.

Como es sabido, esta reconducción de los bienes a un valor patrimonial viene siendo aceptada, sin objeciones graves, desde la conocida definición de ULPIANO (45):

---

(45) Libro LIX, ad Edictum (D. 50.16.49). Para su interpretación y desarrollo, cfr. SCHERILLO, *Lezioni di Diritto Romano, Le cose,* I, 1945, págs. 7 y sigs.

Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur. Acque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: uam haec omnia in bonis esse videntur.

De esta mnaera, para los romanos el patrimonio (o *bona,* que manejan como términos equivalentes) es un amplio concepto en el que se comprenden lo que nuestra terminología civil denomina acciones, derechos y *bienes,* si se entienden éstos en un sentido muy estricto, equiparable prácticamente a las *cosas naturales* o físicas.

El Código Civil como la Ley Hipotecaria (y por su influencia la LRL) han procedido a esta reducción del amplio concepto de bienes-patrimonio al de bien-cosa como consecuencia de una reminiscencia romana que distinguía de entre todos los derechos, uno muy especial, el de dominio, al que identificó con su objeto (la cosa), llegando así a separar, por un lado, el dominio, y por otro, "los demás derechos reales". Indudablemente que la propiedad es un derecho real, y el más cabal y pleno; pero los romanos, precisamente por esta plenitud de la propiedad como derecho real le separaron de los derechos reales, al llegar a identificarle con la cosa que era su objeto, dejando el término derechos reales para los demás limitativos del dominio (46).

(46) Según la extendida tesis de WINDSCHEID, el patrimonio consta de elementos variados que se reconducen a una unidad ideal por la vinculación que todos tienen con una persona única, que es como el centro de todas las relaciones jurídicas. Las cuales tienen una naturaleza variadísima: unas son derechos reales (propiedad, usufructo, servidumbre, etc.), otras son obligaciones. Si llamamos *res* en sentido amplio a todas estas relaciones, podemos contraponer el derecho de propiedad sobre cosas corporales al grupo formado por las restantes relaciones, en atención a que el derecho de propiedad aparece identificado con el concepto mismo de la cosa sobre la que se ejercita: *res mea est* —dice el propietario— y está en mi patrimonio. En cambio, las otras relaciones tienen una naturaleza más abstracta, que no se corresponde a un elemento corporal. El patrimonio cuenta, por tanto, con dos elementos fundamentales: las *res corporales* (objeto

Los últimos escrúpulos dogmáticos de considerar a las servidumbres como bienes terminan desvaneciéndose al recordar el concepto de cosa en GAYO, tan amplio que en él se comprendían, como subdivisiones, los objetos del patrimonio, las relaciones jurídicas *(iura)* y los negocios jurídicos *(causae)*. Tomando las dos últimas el nombre de *res* por el hecho de que han sido atraídas, por así decirlo, por la primera categoría, por las cosas en sentido estricto. Concretamente, después de dividir las cosas en corporales e incorporales (II, 2), considera a éstas *quae tangi non possunt: quali sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae ... eoden numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum.*

Como resume SCIALOJA (47), la *res incorporalis* es aquel objeto, tanto de relaciones como de negocios jurídicos como del patrimonio considerado como un complejo, que es paralelo a la cosa corporal y que en las relaciones indicadas se comporta como ella.

Pero hay más, no sólo no existe, tal como acaba de verse, ningún obstáculo dogmático para integrar a la servidumbre entre los bienes, sino que incluso hay ejemplos legales que así lo declaran expresamente, como la base veinte de la Ley de Reforma Agraria de 15 de septiembre de 1932: se consideran "*bienes* rústicos municipales las fincas o *derechos reales* impuestos sobre las mismas".

---

de la propiedad) y las *res incorporales* (los otros derechos y relaciones jurídicas). Ambas categorías son *res* en cuanto todas son objeto de relaciones patrimoniales. Ahora bien, las primeras lo son en un sentido más restricto y técnico, se corresponden con aquellas partes de la materia exterior que tienen individualidad por sí mismas, y están concebidas como objeto de la relación de propiedad; mientras que las segundas son las relaciones patrimoniales que no pueden, como la propiedad, compenetrarse, y, por así decirlo, confundirse con el cuerpo que es su objeto (cfr. SCIALOJA, *Teoria della propietà nel diritto romano*, I, 1928, pág. 15. Aunque el autor italiano dé a la distinción de las cosas una significación más amplia que WINDSCHEID, quien a la postre las reconduce íntegramente al patrimonio).

(47) *Teoria della propietà...*, cit., pág. 21.

Y por último, este criterio ha sido recogido en la sentencia de 6.4.1921, en la que se declara que:

> "Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal el conjunto de usos y aprovechamientos de un pueblo sobre un monte consistente en pacer, abrevar, hacer leña, etc., ... constituye un verdadero dominio, porque tal conjunto de derechos es el poder de hacer en los montes cuanto permite la naturaleza de la cosa."

Y con toda precisión la moderna sentencia de 23.3.1957:

> Que el derecho concedido al común de los vecinos de Isil y de Alos por la Casa de Medinaceli, bien sea el derecho a las tres cuartas partes del producto de carbones y maderas, el derecho de aprovechar las tres cuartas partes del arbolado, o el derecho a percibir el producto líquido de las tres cuartas partes de la venta de maderas y carbones, ese derecho forma parte del patrimonio municipal por estar integrado este patrimonio, según el artículo 182 de la Ley de Régimen Local, por el conjunto de bienes, derechos y acciones que pertenecen a las Entidades municipales; y como el común de vecinos es un núcleo local, asociación natural o asociación legal que integra el Municipio o la Entidad local menor, representados, respectivamente, por el Ayuntamiento o por la Junta vecinal, *los bienes, derechos y acciones que pertenecen a la comunidad,* como tal comunidad, y no de una manera particular, a cada uno de sus individuos, *son bienes municipales,* integrantes del patrimonio de la Entidad Municipal a la que pertenecen los individuos a quienes les fueron concedidos tales bienes, derechos y acciones.
>
> Que, descartada la posibilidad de que *el derecho o derechos que se discuten,* merezcan la consideración de bienes de dominio público, por no estar comprendidos en el párrafo primero del artículo 344 del Código Civil, ni estar destinados por la Entidad Municipal al cumplimiento de fines de interés público, artículo 185 de la Ley de Régimen Local, ni de propios por no constituir fuente de ingresos para el Erario Municipal, necesariamente *deben ser encuadrados en el concepto de comunales* cuyo aprovechamiento y disfrute pertenece exclusivamente a los vecinos, según la definición que de los mismos establece el artículo 187 de la citada Ley de Régimen Local, ya que *es nota característica o distintiva de los bienes comunales,* pertenecer a la comunidad y ser de uso público y general y común aprovechamiento, como ocurre en el *derecho* que es objeto de este recurso, cuyo aprovechamiento fue concedido a los vecinos de Isil y de su agregación de Alos.

2. *Naturaleza.*

En el repertorio de derechos comunales, así entendidos, destacan por su importancia económica las llamadas servidumbres de pastos, aguas y leñas impuestas en beneficio de una comunidad de vecinos (48).

La naturaleza de estos derechos es bastante confusa en nuestro derecho positivo. Ya se ha visto que el Código Civil maneja indistintamente los términos de servidumbre y comunidad. Ultimamente la doctrina ha procurado precisar el concepto de las servidumbres personales y encajar en ellas los derechos de que estamos tratando; pero el resultado es aún muy polémico, ya que las servidumbres personales constituyen una figura de fronteras inciertas entre el usufructo y la comunidad.

A OSSORIO MORALES se debe el esfuerzo definitivo por dar contornos precisos a esta figura, aislándola del usufructo, uso y habitación, tal como hace el Código Civil (49). En el fondo, el motivo de esta confusión se debe a la tradición romanística que, pese a la letra del artículo 531 del Código Civil (que separa tajantemente las servidumbres personales tanto de las reales como del usufructo, uso y habitación) siguió viviendo en el espíritu justinianeo, que consideraba a estas figuras dentro del género de las servidumbres personales. En la cuestión queda implicada, nada menos, que la propia existencia de las servidumbres personales, cuya naturaleza es sistemáticamente un tanto incongruente como ha puesto de relieve TAMAYO (50), y que si aún subsisten es gracias al rotundo tenor lite-

---

(48) En el Derecho comparado, nuestra tesis es la dominante. Recuérdense los criterios de HAURIOU en Francia y ZANOBINI en Italia, citados en el primer epígrafe de este mismo capítulo; autores que al describir los bienes comunales enumeran indistintamente bienes (en sentido estricto) y derechos.

(49) *Las servidumbres personales,* 1936, es., págs. 17 y sigs.

(50) *El dedecho real de servidumbre,* 1956, págs. 79 y sigs. Téngase presente, además, que en el Código civil francés se suprimió esta clase de servidumbre, al parecer, con un intento de borrar las resonancias feudales del concepto. El Código español, después de la referencia del art. 531, parece olvidarse completamente de ellas.

ral del artículo 531. Precepto que —conviene advertir— aunque formalmente sigue siendo aceptado, sustancialmente se prescinde de él con frecuencia y, en todo caso, se le considera siempre muy incómodo y perturbador de la sistemática general de las servidumbres (51).

Sea como sea, es un hecho indudable que estas servidumbres personales *strictu sensu* —como las ha calificado Ossorio Morales— existen en el derecho y en la realidad española, la jurisprudencia se ha ocupado de ellas reiteradas veces, y sus variedades más importantes son precisamente las de aprovechamientos de pastos y leñas instituidos en favor de los vecinos de un pueblo (52); lo que nos coloca en el centro mismo de nuestro tema.

Pero en el momento de desarrollar esta figura vacila un momento la doctrina: ¿nos encontramos ante una servidumbre, o, más bien, ante una comunidad o, por emplear la terminología de García Granero, ante una cotitularidad o ante una titularidad compartida? El mismo Código Civil da pie a esta confusión desde el momento en que parece barajar indistintamente los términos de comunidad y servidumbre, incluso dentro de un mismo artículo, concretamente el 600. Sin embargo, Ossorio Morales —frente a una corriente predominante (Sánchez Román, De Buen, Valverde, Flórez de Quiñones) que sostiene que se trata de una misma institución— ha deslindado perfectamente ambas figuras: "Por comunidad de pastos en sentido propio entendemos el caso en que diversos propietarios de fincas rústicas ponen en común

(51) Según Tamayo (ob. cit., pág. 82), la sentencia de 6.10.1951 deja entrever claramente que la admisión de las servidumbres personales es como una "necesidad" impuesta por el respeto al articulado del Código, ya que dice "no hay términos hábiles para calificar de otro modo tal disfrute por no existir en nuestra legislación la figura jurídica que pudiera en su caso atribuírsele", es decir, que si hubiera posibilidad de calificar de otro modo esos disfrutes, se suprimiría tal denominación de "servidumbres personales".

(52) Para la distinción conceptual entre este tipo de aprovechamientos de los arts. 600 y sigs. del Código civil, y el usufructo, cfr. Tamayo, ob. cit., págs. 84 y 85.

los pastos de las mismas para utilizarlos en provecho de sus ganados ... En cambio *la servidumbre de pastos es el derecho concedido a una o varias personas de que sus ganados pasten en uno o varios predios ajenos ... En el supuesto de que ese derecho corresponda a una pluralidad de personas en régimen de comunidad, tendremos la servidumbre de comunidad de pastos o servidumbre de pastos ejercida en común* (53).

Esta última variedad es la que a nosotros nos interesa y, por suerte, se ha formado en su torno una copiosa doctrina jurisprudencial, cuyas matizaciones han desorientado a veces a los comentaristas, que han tachado con frecuencia de vacilante y contradictorio a nuestro más Alto Tribunal, quien, sin embargo, a nuestro modo de ver y salvo excepciones, da en este punto muestra de una sutileza extraordinaria en la recta valoración del caso concreto (54). Si el Tribunal Supremo califica en ocasiones estos aprovechamientos como servidumbres personales, y otras veces como comunidad, se debe precisamente, en la mayor parte de los casos, a que efectivamente aparezcan figuras jurídicas distintas, por más que aparentemente se trate de supuestos fácticos similares. A continuación va a hacerse un repaso, con el detenimiento que se merecen, de estas corrientes jurisprudenciales.

a) *Se trata de servidumbres personales.*

S. 19.12.1896: El aprovechamiento del agostadero y bellota a favor de un pueblo es un gravamen o servidumbre de pastos.

S. 29.3.1902: Constando que ciertos pueblos nunca tuvieron condominio o comunidad de disfrute con el propietario de un

---

(53) *Las servidumbres personales*, cit., pág. 97. En las páginas siguientes se desarrolla la distinción entre estas figuras.

(54) Esta es ya la opinión de la mejor doctrina moderna. Asi, CASTÁN (*Derecho civil español*, IV, 7.ª ed., 1957, pág. 324). "La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido vacilante, pero, en definitiva, arroja luz diáfana sobre la distinción de que se trata", y, sobre todo, OSSORIO MORALES en su citada obra. Ambos autores han realizado un comentario y sistematización, que debe ser tenido muy en cuenta, de las sentencias dictadas a este respecto. Nonostros nos esforzamos en el texto por aumentar el repertorio de las sentencias en consideración.

monte, el cual ostentó siempre por sí solo la propiedad del mismo con títulos inscritos en el Registro de la Propiedad, los derechos que en alguna ocasión se adujeron de contrario, podrían, cuanto más, apreciarse como servidumbre (55).

S. 30.4.1909: Aprovechamientos forestales, pastueños y de diversa índole reconocidos a favor de pueblos por Concordia de 1635:

Considerando que el condominio en toda su extensión supone o implica una igualdad absoluta de derechos, siquiera pueda ser en proporción varia cuando la figura se halla proindiviso, constituyendo por tal modo una verdadera comunidad; y en sentido más estricto, cuando existe división entre la propiedad del suelo y del vuelo, puede también estimarse con relación al conjunto de la finca, por el íntimo enlace que entre una y otra existe dentro de dicho conjunto o totalidad, hallándose inspirada en este fundamento la jurisprudencia ... teniendo para ello en cuenta la especialidad de cada caso.

Considerando que en el presente recurso no cabe estimar el verdadero condominio en tal sentido entre los pueblos demandantes y los poseedores en concepto de dueños ... ya que se atienda al origen atribuido a dicha propiedad respecto de los causantes de los demandados, ya al carácter con que respectivamente éstos y los pueblos vinieron disputando sus derechos hasta la Concordia de 1631, ya se considere que los derechos en ella reconocidos a los pueblos no significan la totalidad de la propiedad, sino más bien una limitación mayor o menor de ésta, o sea una coparticipación en varios de los productos de las fincas ... y respecto de las licencias para corta de maderas se prohibe toda suerte de granjería, viniendo a demostrar esto mismo un reconocimiento de la propiedad eminente de los poseedores.

S. 29.1.1910: Los aprovechamientos comunales entre varios pueblos no significan necesariamente condominio, sino que se trata de una servidumbre, cuando consta que uno de los Municipios tenía reconocida su propiedad exclusiva sobre el terreno.

Considerando que el hecho de que dos o más pueblos participen con igualdad de los aprovechamientos de un monte, no

(55) Es de observar que si bien en estas sentencias se reconocen expresamente el carácter de gravámenes o servidumbres, no se emplea todavía el *términus tecnicus* de servidumbre predial con referencia al artículo 531 del Código civil.

se puede estimar en absoluto como signo característico de condominio de la tierra en que aquéllos se producen, *concibiéndose, como se concibe la extinción de aquéllos y la subsistencia de la segunda,* con mayor o menor valor por obra de la misma naturaleza y el carácter especial de la propiedad, aun cuando resulte más o menos limitada por extensas servidumbres; siendo obligado, por lo tanto, *apreciar en cada caso los orígenes de la concesión de los aprovechamientos para poder estimar su verdadera naturaleza.*

Considerando que ... la extensión de la servidumbre establecida en favor de Riaza sobre terreno de la propiedad de Sepúlveda, no desvirtúa la verdadera naturaleza de dicha servidumbre, porque sobre los aprovechamientos, y no acerca de la propiedad que hoy pretende Riaza, versan las cuestiones a que se refieren las ejecutorias y resoluciones que se invocan.

S. 10.1.1924: Estudia un caso de reconocida servidumbre de leña sobre un monte de propiedad particular "en favor de un Ayuntamiento en representación de los vecinos, habitantes y moradores del término municipal". La sentencia decurrida "transforma" esta servidumbre en una obligación de "poner a disposición del Ayuntamiento de C. en representación de su vecindario, leña en cantidad y calidad igual o superior a la que espontáneamente se pudiera y pueda aprovecharse en un monte similar al gravado por la servidumbre". El Tribunal Supremo casa la sentencia. ya que la solución adoptada "no constituye una forma de variar la prestación de la servidumbre, sino la extinción de la misma, o sea que la resolución recurrida suprime el derecho real ... sustituyéndole por una obligación personal".

S. 14.11.1924: El derecho de un pueblo a pastar sus ganados en un monte ajeno durante determinados meses del año y a obtener de él en todo tiempo algunos otros aprovechamientos:

Considerando que según el articulo 392 del Código Civil hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho, pertenece pro indiviso a varias personas, y ese concepto jurídico de condominio no se manifiesta en su ejercicio por el disfrute de los derechos referidos, cuyo carácter de cargas o gravámenes se reconoció por el propio Ayuntamiento recurrente, pues tales derechos alcanzan tan sólo a determinar la existencia de servidumbres voluntarias personales, constituyendo las limitaciones de la propiedad inmueble ajena a que aluden los artículos 531, 594, 600 y 604 del Código sustantivo, en cuanto se refiere al aprovechamiento de pastos, leñas y demás productos de los montes de propiedad particular.

S. 20.3.1929: El derecho de pastos y aprovechamientos de desligados y ramoneos en invierno, correspondiente a un Ayuntamiento, sobre una finca de propiedad particular:

Considerando que los derechos que alega el Ayuntamiento recurrente ... no revelan un derecho absoluto dominical que autorice a considerarlo como comunero, porque es sobre un disfrute que grava la propiedad ... y no es más que una servidumbre comprendida en los artículos 530 y 531 del Código Civil.

S. 4.10.1930: El derecho de los vecinos de un pueblo de aprovechar para sus ganados los pastos y productos de un monte propiedad de otro. Ya que este cuerpo legal (Código Civil) reconoce y regula la existencia de la servidumbre de pastos en los artículos 603 y 604, con independencia de la comunidad de bienes.

S. 31.10.1952: "El derecho recíproco a los vecinos de San M. y San L. a llevar sus ganados a pastar en terreno de la jurisdicción del otro pueblo."

b) *Se trata de una comunidad.*

S. 29.4.1878: La facultad del común de vecinos de apacentar sus ganados en determinado monte, aprovechar la bellota, casquillo y parte de la leña de su arbolado y utilizar la piedra necesaria para sus edificaciones, constituye, no un conjunto de servidumbres, cuyo origen se desconoce, sino verdadero condominio con los propietarios del suelo.

S. 17.11.1887: La comunidad de frutos, o sea de los pastos, rozas y cortas de leñas, entre los lugares todos que componían un antiguo concejo, subsistente en los comienzos del siglo XVIII y mantenida y declarada en vigor por diferentes sentencias posteriores, arguye condominio constituido a favor de los pueblos interesados, sin que obste que en el Catastro de 1762 y en el Catálogo de montes públicos exceptuados de la desamortización, se incluyese el terreno como propiedad exclusiva de uno de ellos.

S. 28.6.1888: Las sentencias firmes reguladoras de los aprovechamientos comunes a dos pueblos y mantenedoras de su posesión, no contradicen, sino que más bien demuestran el condominio, y más si de ellas resulta reconocida en favor de uno la mancomunidad de terrenos y pastos con el otro, situación que hace inaplicable al caso las leyes sobre sevidumbres.

S. 27.4.1889: Considerando que el conjunto de usos y aprove-

chamientos (sobre los montes) constituye un verdadero dominio compartido (entre los Municipios y un Monasterio), porque tal conjunto de derecho es el poder de hacer en los montes en cuestión cuanto permite la naturaleza de la cosa y las leyes que regulan la propiedad comunal.

S. 29.1.1893: Considerando ... que en el Fuero del Rey don Sancho es donde mejor se describe semejante estado; pues de su examen resulta el convencimiento de que al otorgarlo se propone el monarca estimular a la población del territorio que comprende, dando facilidades para la vida y prosperidad de sus moradores y estableciendo al efecto entre ellos como propiedad predominante, con el carácter de colectiva, una mancomunidad de aprovechamiento de todos aquellos bienes que no perteneciesen a particulares, perfectamente compatible con la propiedad individual, cuya libertad y seguridad garantizaba a la par; así como del examen de los demás documentos se deriva la convicción de que el fundamento de todas y cada una de las resoluciones concretas a que se refieren, fue el de la existencia de una mancomunidad como condición esencial para la vida económica de los pueblos enclavados en el teritoio del Fuero.

Considerando que la Ley 18, título XXXI de la Partida 3 ... es absolutamente inaplicable a la cuestión que se ventila, porque la mancomunidad de aprovechamientos que se pretende ni se halla establecida en favor de predio alguno dominante, sino de la copropiedad comunal especial que la misma Ley 7, del título XXXIX de la Partida 3 reconoce, cuyos bienes, por ser de los que comunalmente usan todos ellos, se declaran imprescriptibles, y con mayor azón entre los mismos comuneros, según la Ley 2, título XIII, libro XI de la Novísima Recopilación.

S. 19.4.1901: Considerando que los aprovechamientos que con el carácter de comunales han venido teniendo pueblos de distintos Ayuntamientos en biense raíces de unos o de otros, en virtud de concesiones, ejecutorias, transacciones o uso inmemorial, constituyen por regla general verdaderas participaciones más o menos extensas en el dominio de tales bienes.

S. 5.11.1910: El derecho de aprovechamiento gratuito de leñas de un monte a favor de los vecinos con la obligación del propietario de no roturar para no hacer ilusorio aquel derecho constituye una comunidad de disfrutes o de usos en el predio.

S. 21.2.1920: Comunidad ordinaria resultando de la disgregación en dos de un antiguo término municipal único:

Considerando que resulta en absoluto desprovisto de base el razonamiento que hace la sentencia, en el sentido de que ese

disfrute constituye un dominio colectivo, intangible, subsistente después de la separación jurisdiccional de ambos municipios, porque si existiera semejante colectividad de dominio habría de reconocerse el atributo al mismo inherente de gozar y disponer libremente de la cosa propia sin otras limitaciones que las determinadas en las leyes, y porque otorgado no más que el disfrute indiviso de los pastos, frutos y aprovechamientos, con una absoluta igualdad de derechos, corresponde a los pueblos y viene ejercitándose por cada cual de ellos, es manifiesta la efectiva existencia de una verdadera comunidad sobre el repetido derecho, conforme lo define y establece el artículo 392 del Código Civil.

S. 19.2.1954: Si el problema del pleito se tradujera sencillamente en el derecho de un pueblo al aprovechamiento de pastos en predio ajeno se dibujaría la figura jurídica de la servidumbre, que en su caso, y a salvo excepciones señaladas por la jurisprudencia, tornaría posible su redención; pero es que el hecho contemplado en casación es cosa distinta, puesto que se da por probado que por pactos en concordias y avenencias los ganados de P. pacen desde remotos tiempos en terrenos de M. y los de este pueblo en los terrenos de aquél, indistintamente, surgiendo así una relación jurídica que unitariamente considerada, desborda los contornos de la pura servidumbre de pastos, porque la reciprocidad de prestaciones desvirtúa la apreciación de gravámenes en predio ajeno y pone de relieve el hecho de agrupación de terrenos por sus dueños para un determinado común aprovechamiento, que imprime a la relación jurídica creada el concepto de "comunidad relativa de derechos".

c) *Se trata de una figura análoga a la comunidad.*

Ténganse presentes aquí las sentencias citadas más adelante en que el Tribunal Supremo apunta este criterio.

d) *Conclusiones.*

Para terminar, deben aún recordarse una serie de sentencias en las que el Tribunal Supremo se ha esforzado por sentar criterios generales de diferenciación:

S. 18.2.1932: El derecho de disfrute de los pastos, leñas y otros productos forestales, utilizados por diversas personas o entidades sobre una misma finca puede ser constitutivo de la comunidad de bienes definida en el artículo 392 del Código Ci-

vil o integrar una limitación de dominio, informando el derecho real de servidumbre definido en el artículo 530, y desenvuelto en los preceptos normativos de esta institución, contenidos en el propio cuerpo legal y, especialmente, en sus artículos 600 a 604.

La característica y esencial diferencia que distingue a ambas instituciones consiste en la situación de copropiedad en que se hallan constituidos los comuneros en el disfrute de los aprovechamientos de la finca, en el primer caso, y en la exclusiva propiedad del inmueble, en una sola de las diferentes entidades que lo aprovechan, en el segundo, no puede declararse la comunidad de bienes, siempre que por modo claro e indiscutible conste reconocida la propiedad de la finca a favor de una sola personadidad de las varias que disfrutan sus pastos y leñas, puesto que desapareciendo la propiedad sólo queda el derecho real de servidumbre, limitativo del dominio y sujeto a la redención que pueda ejercitar el dueño del terreno, según el artículo 603 y las sentencias de 11.11.1892 y 4.10.1930, sin que haya términos hábiles para calificar de otro modo el discutido derecho, por no existir en nuestra legislación la figura jurídica que pudiera en su caso atribuírsele, y muy especialmente, por ser el concepto legal expresado el que reconoce el vigente Código Civil llamando srvidumbre a la comunidad de pastos y leñas en los artículos 600, 602, 603 y 604, así como ni siquiera la menciona al hablar de la comunidad de bienes en los artículos 390 y 406, siendo, por otra parte, conforme al espíritu de nuestras leyes que tienden a liberar los gravámenes de todo género sobre la propiedad inmueble.

S. 6.10.1951: Conforme ha declarado la jurisprudencia de esta sala en sus sentencias de 11.11.1892, 4.10.1930 y 18.12.1932, el derecho al disfrute de los pastos, leñas u otros productos forestales utilizados por diversidad de personas o entidades sobre una misma finca puede ser constitutivo de la comunidad de bienes definida en el artículo 392 del Código Civil y regulada en los inmediatos subsiguientes o integrar una limitación del dominio constitutivo del derecho real de servidumbre definido en el artículo 531 del Código Civil y desenvuelto en los preceptos normativos de esta institución contenidos en el propio cuerpo legal, especialmente en sus artículos 600 a 604, siendo la característica y esencial diferencia que distingue a ambas instituciones la situación de copropiedad en que se hallan constituidos los comuneros en el disfrute de los aprovechamientos de la finca en el primer caso, y la exclusiva propiedad del inmueble en una sola de las diferentes entidades que disfruten en común dichos aprovechamientos en el segundo, y por virtud

de estos principios ha de estimarse la no existencia de la comunidad de bienes siempre que por modo claro e indiscutible conste hallarse declarada y reconocida a favor de una sola persona la propiedad exclusiva de la finca cuyos pastos, leñas y otros productos se hallen disfrutados por pluralidad de entidades, puesto que desapareciendo la propiedad sólo queda el derecho real de servidumbre, limitativo del dominio, sin que haya términos hábiles para calificar de otro modo tal disfrute por no existir en nuestra legislación la figura jurídica que pudiera, en su caso, atribuírsele, y muy principalmente por ser el concepto legal expresado el que reconoce el vigente Código Civil llamando servidumbre a la comunidad de pastos en sus artículos 600, 602 y 603.

S. 2.2.1954: Se ha de reconocer que la línea divisoria entre ambas instituciones no se ofrece con matices claros y precisos en nuestro Derecho histórico, ni en las resoluciones de esta Sala, con la uniformidad exigida por la jurisprudencia para crear doctrina legal, ni en el Código Civil, que en sus artículos 600 al 603, incluidos en el título de las servidumbres, mantiene cierta confusión terminológica entre comunidades y servidumbre de pastos, no obstante lo cual quizá no resultase aventurada la afirmación de que los artículos 392, 530 y 531 del Código Civil, contienen la clave precisa para la distinción, a base de la calificación de inmueble o inmuebles de que se trate como predio ajeno con respecto de algunos de los interesados en determinado aprovechamiento o como predio o predios pertenecientes a todos los interesados en dominio singular agrupado para el disfrute en común por todos ellos o su dominio plural proindiviso, y así la existencia del predio ajeno conducirá a la apreciación jurídica de alguna utilidad de la finca por personas distintas del dueño, constituirá una limitación del pleno dominio por la concurrencia del gravamen real de la servidumbre, mientras que los restantes supuestos o es recíproca entre todos los dueños agrupados la restricción en el disfrute de su propia finca, o no hay limitación de dominio, sino dominio compartido por todos los interesados en cosa realmente propia e indivisa, y en toda la plenitud de sus atribuciones: *totum in toto et totum in qualibet parte* (55 bis).

(55 bis) En el capítulo XIII tendremos ocasión de comprobar cómo en el Derecho francés tampoco es nada clara la determinación de la naturaleza de estos derechos, que unos encajan entre las servidumbres y otros entre las comunidades. La distinción es muy antigua. Cfr. la siguiente cita, tomada de HENRION DE PANSEY (*Ouvres judiciaires*, s. a. pág. 328 y sigs.) que tiene todo el sabor de una anécdota: En el siglo XVIII los herederos de la Bancage habían vendido a los hermanos

La reciente sentencia de 12.11.1959 (sala 1.ª) apunta *nuevos interesantes criterios: a)* el condominio precisa la participación de los comuneros en todas y cada una de las partes del todo a que afecta la comunidad, en participación fija y determinada, pero indivisa. *b)* Se trata de una servidumbre porque ninguno de los titulares puede solicitar la división o participación, en cuanto por el título de concesión se cede el derecho a todos y cada uno de los vecinos de los pueblos afectados, sin traba, ni limitación alguna; y por ende, cada uno es titular y puede utilizar la totalidad de la concesión, por lo que existe una comunidad, única con propiedad indiscutible de todos los vecinos en cuanto al aprovechamiento, *(aquí se recoge el conocido criterio de* OSSORIO Y MORALES*)*, pero nunca entre ellos y el propietario de los terrenos. *c)* Por último, porque con la conformidad de los titulares y aun contra su voluntad puede adquirirse la titularidad del derecho al aprovechamiento con sólo lograr la cualidad de vecino de los pueblos afectados, extremo reñido con toda idea de copropiedad, no pudiendo los titulares adquirir mayores derechos que los que les corresponden como vecinos por compra a sus convecinos, los restantes titulares, ni pueden tener acción para poner término a la indivisión, al persistir en cada vecino, por el hecho de serlo, el derecho al aprovechamiento conforme al título de constitución.

3. *Tipología* (56).

A la hora de determinar el régimen jurídico de estas servidumbres, deben tener presente las diferentes variedades de las mismas, previstas en el Código civil, que provocan graves particularidades en aquél.

Bravard la finca d'Alligre, de la que dependían ciertas partes de bosque. El contrato de venta cargaba a los compradores de todas las servidumbres activas y pasivas, aparentes y ocultas, si es que existía alguna. Años después de esta venta, el guarda forestal denunció a varios vecinos de las comunas cercanas por haber enviado a pastar sus animales a estos mismos bosques; pero fueron absueltos al probar sus derechos por títulos antiguos e irrecusables. Los compradores demandaron entonces al vendedor alegando que los derechos vecinales sobre el monte constituían, no una servidumbre real, sino una verdadera copropiedad, no comprendida por tanto en las cláusulas de la compraventa. La *Cour de Cassation* declaró el 6.3.1817 que tales derechos eran verdaderas servidumbres, y en este sentido viene inclinándose desde entonces la jurisprudencia francesa.

(56) Aunque se encuentre muy al margen de nuestro derecho positivo, consideramos de interés hacer una referencia a la tipología

A) Impuesta sobre terrenos de propiedad privada. A ella hace referencia el Código civil en sus artículos 600, 602, 603 y 604.

B) Sobre terrenos públicos:

Art. 601. La comunidad de pastos en terrenos públicos, ya pertenezcan a los Municipios, ya al Estado, se regirá por las leyes administrativas (57).

C) Por utilidad comunal, bien sea sobre terrenos públicos o privados:

Art. 550. Todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan y, en su defecto, por las disposiciones del presente título.

---

que se perfila en el viejo Derecho germánico, cuyas figuras encuentran un eco indudable en la realidad española, lo que prueba en este punto su raigambre popular frente a la artificiosidad del Derecho romano. Según PLANITZ *(Principios de Derecho privado germánico,* trad. esp., 1957, pág. 134), hasta el momento de la recepción, cabía perfectamente distinguir, en primer lugar, las servidumbres de pastos *(Weidegerechtigkeiten),* que otorgan el derecho de apacentar el ganado en las dehesas. En la época antigua existía casi siempre una comunidad de pastos: los miembros de una asociación de la marca o de otra asociación agraria tenían el derecho de apacentar conjuntamente sus ganados en los terrenos comunales *(ius compasculationis simplex).* Junto a esto se desarrollaron formas particulares de pastoreo: por ejemplo, varios propietarios inmobiliarios se concedían recíprocamente el derecho de pastos *(Koppelhut:* pastoreo recíproco: *ius pasculationis reciprocum)* o al propietario de la finca gravada le quedaba reservado el copastoreo *(Mithut: ius compascendi).* Otros derechos de pastos estaban limitados a determinados aprovechamientos. Así, el derecho de redil o de aprisco *(Schäfereierecht),* que otorgaba la facultad de apacentar únicamente ovejas en una determinada zona de pastos. Así, igualmente, el derecho de cebadura o de engorde *(Mastrecht),* o sea, el derecho de apacentar cerdos en un bosque. Por otro lado, también tenían su origen en la asociación de marca o en las propiedades inmobiliarias las servidumbres de bosques *(Waldgerechtigkeiten),* la más importante de las cuales era el derecho de cortar madera *(Holzungsrecht).* De origen territorial son, finalmente, las servidumbres de paso *(Wegerechtigkeiten)* y las servidumbres de aguas *(Wassergerechtigkeiten).*

(57) Ordinariamente, aquí nos encontraremos con servidumbres y no con comunidades. Con frecuencia ha de tratarse de servidumbres ejercidas en comunidad.

Relacionando este artículo con el 601 —servidumbre para utilidad comunal establecida sobre terrenos públicos— resultan con terminología civilista los bienes comunales típicos de la sistemática administrativa, según tesis reiterada en este libro.

4. *Constitución.*

A) Por voluntad de los propietarios (art. 536, C. c.); pero con las salvedades impuestas por el artículo 600:

> La comunidad de pastos sólo podrá establecerse en lo sucesivo por concesión expresa de los propietarios, que resulta de contrato o de última voluntad, y no a favor de una universalidad de individuos y sobre una universabilidad de bienes, sino a favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados. La servidumbre establecida conforme a este artículo se regirá por el título de su institución.

B) Por prescripción.

Según el Código civil (arts. 537-540) no pueden adquirirse por prescripición las servidumbres de que nos estamos ocupando, ya que son discontinuas y no aparentes, y éstas sólo pueden adquirirse en virtud de título.

Ahora bien, conforme a la Disposición transitoria primera, deben ser respetadas las servidumbres adquiridas por prescripción —o, al menos, cuando ésta se hubiese iniciado— bajo el imperio de la legislación anterior al Código, al amparo de la Ley 15, tít. XXXI, de la Partida 3, que admitía la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas:

> quien las quisiere aver por esta razón, ha menester que haya usado dellas, ellos, o aquellos de quienes las ovieron, tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes, quanto ha que lo comenzaron a usar.

Esta doctrina ha sido afirmada reiteradamente por el Tribunal Supremo:

> S. 7.1.1920: Siendo la prescripción inmemorial por su propia naturaleza de origen desconocido por lo remoto, y de duración

indefinida por depender su terminación de un hecho eventual, como una declaración judicial o como el otorgamiento de un título entre los interesados, es evidente que los hechos posesorios que la generan o integran constituyen una serie continuada mientras no se interrumpa la posesión natural o civilmente, de donde se deduce que cuando se prueba la inmemorabilidad del uso de las servidumbres discontinuas, no cabe distinguir la época anterior y la posterior al Código, al efecto de considerar no terminada la prescripción hasta después de su publicación por el solo motivo de haber continuado usándose las servidumbres con posterioridad, toda vez que, una vez aceptado su carácter inmemorial, la continuidad de su ejercicio vigente ya el Código no engendra dicho carácter, sino que le corrobora y confirma, por lo cual debe entenderse que, según la doctrina sentada en la sentencia de 27.10.1900, tratándose de servidumbre (de paso) adquirida por prescripción inmemorial, procede aplicar la legislación anterior al Código Civil.

Y esto incluso aunque no aparezca en el Registro:

S. 11.5.1927: Ejercitándose en el caso objeto del recurso la acción negativa de servidumbre de pastos sobre un fundo, a la que los demandados oponen por vía de excepción la prescripción adquisitiva extraordinaria, derivada de actos realizados desde fecha inmemorial y, por lo tanto, anteriores a la publicación del Código Civil vigente, es de aplicación, de conformidad con lo dispuesto en la primera disposición transitoria de dicho cuerpo legal y doctrina ya establecida, la legislación anterior, cual la Ley 15, título XXXI, Partida 3, que es la reguladora de la prescripción adquisitiva, extraordinaria e inmemorial de servidumbres discontinuas, no aparentes. (Y) si bien es cierto que no aparece inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho de servidumbres de pastos, que según declaración de la Sala sentenciadora desde tiempo inmemorial vienen ejerciendo los vecinos sobre los cinco pertenecidos del actor, como quiera que también se declara en el fallo recurrido que al recurrente le constaba la existencia de esta carga al adquirir dicho fundo a título de compra, es obvio que según constante jurisprudencia de este Supremo Tribunal ... no le puede aprovechar la cualidad de tercero.

Doctrina que se reitera en la sentencia de 19 de noviembre de 1930, respecto de una servidumbre de leñas (58).

---

(58) Recuérdese también la jurisprudencia citada en el epígrafe anterior, que legitima la usucapión del derecho de pastos a favor

Pero la cuestión se complica si se tiene en cuenta, que con anterioridad al Código civil regía la R.O. de 11.2.1833 (citada ya en otro lugar) que, en abierta contradicción con las Partidas, exigía la existencia de un título escrito como única justificación de estas servidumbres. Disposición que en algunos casos es invocada por el Tribunal Supremo para negar la posibilidad de la usucapión de las servidumbres de pastos. Así la sentencia de 8.6.1929:

> Por constituir el fondo de la litis la existencia de un derecho de servidumbre relativo al apacentamiento de ganados muy anterior a la vigencia del Código Civil, las disposiciones de éste no pueden tener eficacia alguna para resolverla por efecto de lo dispuesto en el artículo 3.º del mismo, y, por el contrario, es preciso tener en cuenta la legislación anterior contenida en la R. O. de 11.2.1836, expresiva de que el que pretendiese tener o aprovechar los pastos de suelo ajeno es el que debe presentar el título de adquisición y probar su legitimidad y validez, y muy especialmente la característica de la acción negatoria de servidumbre ejercitada en la demanda, que goza del privilegio de no estar obligado el que la utiliza a probar su existencia, porque consistiendo tan sólo en una negación amparada por la presunción de libertad de los fundos, la carga de la prueba quedaba trasladada a la parte demandada, la cual, al afirmar la existencia del gravamen tenía que demostrarla cumplidamente, de acuerdo con lo que ya estaba dispuesto por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en sentencias de 12.4.1859, 18 y 25. 1.1861, 7.4 y 1.12 de 1864, 26.10 y 13.12.1865 y 10.1.1868;

Los mismos argumentos se reiteran en la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 14.12.1951 (*Foro Gallego*, núm. 80, marzo-abril, 1952):

> Considerando que no teniendo otro apoyo el derecho invocado por los recurridos que la posesión inmemorial, es clara la improcedencia de la pretendida declaración de que, en su favor, constituidos en comunidad, se halla gravado el monte del actor con servidumbre de pastos y leñas, porque presumiéndose siempre libre la propiedad mientras no se demuestra cumplidamente

---

del común de vecinos de Galicia. Para la problemática de la R. O. de 1836, que va a estudiarse seguidamente en el texto, cfr. NIETO *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, I, 1959, pág. 215 y sgs., y la jurisprudencia y bibliografía allí citadas.

lo contrario por quien otra cosa propugne, a los demandados, que tal derecho alegan, corresponde la acabada justificación del aserto, y ello por los medios que la ley, al efecto, tiene establecidos; y como lo mismo el precepto genérico de los artículos 539 y 540 del Código Civil, puesto que de una servidumbre discontinua se trata, que el específico del 600 del mismo texto legal, no conocen otro medio de adquisición del mismo, proscribiendo, de manera expresa, la prescripción como modo legal de crearlo, cualquiera que sea el tiempo que la posesión durase, es notorio que, carentes los demandados de todo título que resulte establecido el derecho en discusión, pues que, como queda dicho, paladinamente declaran en su escrito de contestación a la demanda y ratifican en el de súplica, que el fundamento de sus pretensiones está únicamente en la prescripción adquisitiva por inmemorial posesión en los aprovechamientos de referencia, su solicitud no puede prosperar.

Considerando que a igual conclusión ha de llegarse si se hace aplicación al caso de la legalidad vigente a la fecha de la promulgación del actual Código Civil, si se advierte que a partir de la R. O. de 11 de febrero de 1836, que tuvo su precedente en el Decreto de 8 de junio de 1813, el poder público, con el resuelto propósito de poner fin, en defensa de los derechos de propiedad y fomento de la agricultura, a las prácticas viciosas, impropiamente llamadas "usos" y "costumbres" consistentes en la intrusión abusiva, en montes de ajena pertenencia, para el aprovechamiento ilícito de sus pastos, leñas y demás productos forestales —que a todos ellos alcanzaban dichas disposiciones, según sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1864 y 19 de abril 1888— vino proclamando reiteradamente, y ello tuvo su sanción en sentencias de aquel Alto Tribunal de 26 de noviembre de 1864, 14 de abril de 1866, 18 de noviembre de 1896 y 8 de junio de 1929, que quien tales derechos alegue ha de dar cumplimiento a su afirmación, no invocando un uso o una costumbre, por antigua que sea, sino aportando al proceso el título especial de su adquisición y probando la legitimidad y validez del mismo.

A nuestro entender, ésta no es la tesis correcta, sino la anterior. En otro lugar ya se ha criticado la R.O. de 1836 y durante el siglo pasado el propio Tribunal Supremo templó el rigor de las tendencias individualistas que exigían a todo trance la presentación de títulos justificativos de los derechos. Así, la sentencia de 30.1.1874, interpretó ampliamente

el requisito de exhibición de títulos que imponía el artículo 4 del R.D. de 10.7.1865, de la siguiente manera:

> Considerando que además son requisitos indispensables, en conformidad a la circular de 4.8.1860 y R. D. de 10.7.1865, aplicable para los incidentes de ventas pendientes a su publicación, que los pueblos presenten los títulos de propiedad sobre dichos terrenos ...
>
> Considerando que el Ayuntamiento de Velilla de Giloca ha justificado su derecho sobre los terrenos incultos del monte Rato por el título de una posesión inmemorial, lo que basta para los efectos de excepción, atendidas las prescripciones de las leyes desamortizadoras de 1855 y 1856, sin que a esto se oponga el artículo 4.º del R. D. de 1865, en el cual lo que realmente se exige es la presentación del título de pertenencia cuando lo hay, y en su defecto lo que pueda suplirlo y subsanarlo con arreglo a las leyes, habiéndose formado en este concepto la jurisprudencia sobre la materia.

5. *Redención.*

Uno de los problemas prácticos a que suelen reconducirse todos los litigios sobre servidumbres de pastos disfrutadas en comunidad es el de la posibilidad de su redención, ya que de ordinario el propietario del fundo está interesado en librarle de la carga de estos aprovechamientos al amparo del artículo 602 y siguientes del C. c. (58 bis). Artículo 602:

> Si entre los vecinos de uno o más pueblos, existiera comunidad de pastos, el propietario que cercare con tapia o seto una finca, la hará libre de la comunidad. Quedarán, sin embargo, subsistentes las demás servidumbres que sobre la misma estuvieren establecidas. El propietario que cercare su finca conservará su derecho a la comunidad de pastos en las otras fincas no cerradas.
>
> Art. 603. El dueño de terrenos gravados con la servidumbre

(58 bis) En algunas ocasiones —un tanto raras— se ha planteado la posibilidad de una forma de extinción de las servidumbres: la prescripción extintiva. A ella alude, admitiéndola plenamente, la sentencia de 21.3.1955, donde se sienta la doctrina de que el no ejercicio de los derechos de aprovechamientos durante treinta años, provoca la extinción de los mismos, tanto si se trata de una servidumbre como de una comunidad.

de pastos podrá redimir esta carga mediante el pago de su valor a los que tengan derecho a la servidumbre. A falta de convenio se fijará el capital para la redención sobre la base del 4 por 100 del valor anual de los pastos, regulado por tasación pericial.

Art. 604. Lo dispuesto en el articulo anterior es aplicable a las servidumbres establecidas, para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propieda dparticular.

A la vista de estos preceptos se comprende ya la importancia de la distinción dogmática entre comunidad y servidumbre, que juega como presupuesto de aplicación de regímenes diferentes de liberación: si se trata de una comunidad, opera el artículo 602 y la liberación, que es gratuita, precisa de un cercado de la finca, que por lo costoso no puede ser aplicada en fincas de gran extensión y poco valor, que son ordinariamente las afectadas por este tipo de aprovechamientos.

En cambio, si se trata de una servidumbre, la liberación tiene lugar mediante el simple pago del resultado de capitalizar al cuatro por ciento el valor anual de las leñas, pastos y demás productos.

Ahora bien —y limitándonos a las servidumbres— ¿procede la liberación en todo caso, o sólo cuando se trata de fincas de propiedad particualr? Para resolver esta grave cuestión, vamos a ir distinguiendo una serie de diferentes supuestos:

1.° La redención a que se refieren los artículos 603 y 604 del Código civil sólo es manejable cuando se trata de montes particulares; pero no cuando se trata de montes públicos, en cuyo caso las servidumbres son, en principio, irremediables. Así lo declara la sentencia de 19.11.1949:

Este matiz restringido lo reconoce el propio Código Civil no sólo en el articulo 344, sino también en el 550, remitiendo a las leyes y reglamentos especiales todo lo concerniente a servidumbres, como la de pastos, establecidas para utilidad comunal, y en el articulo 601, que con referencia a la comunidad de pastos, jurídicamente inconfundible con la servidumbre, por ausencia,

entre otros aspectos, del derecho sobre predio ajeno, declara aplicables las leyes administrativas a los que recaigan sobre terrenos públicos, ya pertenezcan al Estado, ya a los municipios, y es que en orden a los aprovechamientos forestales de los pueblos, en especial el de los pastos en localidades ganaderas, es frecuente el caso de que constituyan el medio de vida casi exclusivo del vecindario, al que por altas razones de interés general no se puede aplicar el régimen individualista y de liberación de cargas de la propiedad que preside la sistemática del Código Civil.

El articulo 603 de este Código, inspirado en dicho criterio individualista y de libertad de predios, decretó la redención forzosa de la servidumbre irregular de pastos frente a los beneficiarios de la misma, arbitrando para la extinción del gravamen una modalidad no prevista para las servidumbres prediales en el número 6 del artículo 546, ni en el 602 para la extinción de la comunidad, pero cuando se trata de investigar el ámbito de aplicación del artículo 603 es precisa conjugarlo con el 604, a tenor del cual la redención forzosa de la servidumbre personal de pastos se aplicará a las establecidas para aprovechamientos de leñas o demás productos —pastos entre ellos— de los montes de propiedad particular, es decir, que en materia de montes, el artículo 604 cercena la esfera de acción del 603, excluyendo de ella, a sensu contrario, las servidumbres establecidas sobre montes públicos.

2.º Tratándose de montes catalogados como de utilidad pública, las posibilidades y el trámite de redención de servidumbres son los señalados en la legislación especial de montes (59), que en la actualidad está constituida, en lo fun-

---

(59) Cfr. para el régimen anterior el artículo 9 de la Ley de 24.5.1863 y el título V del Reglamento de 17.5.1865. Véanse también a este propósito las sentencias de 15.2.1923 y 4.7.1958, en la última de las cuales se declara en orden a las facultades administrativas de declarar la extinción de las servidumbres "por incompatibilidad", que es de orden excepcional e interpretación restringida susceptible de ejercitarse sólo cuando no haya posibilidad de regularizar en forma alguna la servidumbre de pastos y resulte probado su carácter inconciliable en la conservación del arbolado, en cuyo caso, conforme a tales preceptos, podrá el gobierno declarar la incompatibilidad en expediente en el que serán oídas las corporaciones interesadas en la continuación del gravamen, el perito que las mismas puedan nombrar, y el *Consejo Provincial*, e indemnizando previamente al poseedor, si lo exigiere; estos son los requisitos establecidos para un normal ejercicio de la declaración de incompatibilidad, requisitos

damental, por los artículos 16-19 de la Ley y 159-167 del Reglamento de Montes.

3.° Quizá no resulte ocioso insistir en que, lo mismo que los arts. 603 y 604 del C. c. no son de aplicación a los montes públicos, tampoco es de aplicación esta legislación administartiva especial a los montes de propiedad particular (incluso aunque estén declarados de utilidad pública o protectores). Asi lo tiene declarado el Decreto de competencias de 12.2.1929:

> Tratándose de una cuestión de propiedad y ejercitándose por el actor acciones reguladas en los artículos 603 y 604 del Código Civil, la cuestión suscitada como de naturaleza también de orden privado por referirse a la propiedad, es de la exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios. No hay precepto alguno que atribuya a la Administración la facultad de decidir sobre la procedencia o improcedencia de la redención de una servidumbre de leñas y constituida a favor de los Ayuntamientos en montes de propiedad particular, sobre los cuales únicamente les corresponde las atribuciones derivadas de las reglas de policía de montes, ni son de aplicación gran parte de las disposiciones que se citan para fundamentar la competencia del Ministerio de Fomento, ya que parten del equivocado supuesto de confundir los montes públicos definidos en la ley de 24.5.1863 con los declarados de utilidad pública, cualquiera que sea su dueño, conforme a la Ley de 24.7.1908, aplicando a los segundos preceptos dictados únicamente para los primeros sobre incidencias con el Estado, cuando éste es el dueño; siendo de observar que dicha Ley, al ampliar el concepto de montes de utilidad pública para los fines de su repoblación, aun a los de propiedad particular, limita sus preceptos a tal finalidad de conservación y repoblación, sin que directa ni indirectamente aluda a la regulación de intereses jurídicos privados, que, por razón del dominio del monte existan entre particulares, ya que lo mismo puede amparar la riqueza forestal del monte con la existencia de la servidumbre que sin ella.

---

cuya entidad e importancia resulta más destacada por el carácter público que ofrezcan conjuntamente los intereses ganaderos y forestales en litigio, y ante la necesidad, según frase del artículo 74, del nombrado reglamento, de probar, con audiencia de los interesados, que aun regularizada la servidumbre de un modo o forma distinta "son inconciliables" con la conservación del arbolado.

Este criterio parece haber sido respetado por el Reglamento de montes, hoy vigente, ya que, su artículo 160, insistiendo en la terminología general de todos los preceptos concordantes, habla de *entidad titular del monte,* dando por supuesto que no se trata de montes particulares.

4.º Sobre el régimen general, y esto es lo que a nosotros interesa, ¿impone alguna variedad la circunstancia de que el titular de la servidumbre sea un Municipio o, si se quiere, una comunidad vecinal?

Aquí hay que distinguir dos supuestos:

a) Se trata de montes públicos: A tenor de los artículos 18 LM y 163 RM la redención es posible, con la particularidad de que el acuerdo ha de ser adoptado por el Concejo de Ministros.

b) Se trata de montes particulares: Sin que haya llegado a formarse todavía doctrina jurisprudencial, es lo cierto que el Tribunal Supremo, en criterio que abundaría el Decreto de competencias de 1929 citado, ha sostenido la tesis de la redención al amparo de los artículos 603 y 604 del Código civil, en sentencia de 9.2.1920.

Pero, a nuestro juicio, este criterio es insostenible por entrar en abierta contradicción con el artículo 550 del mismo cuerpo legal, cuyo tenor es el siguiente:

> Todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las Leyes y Reglamentos especiales que las determinan, y en su defecto, por las disposiciones del presente título.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 9.2.1920, después de declarar subsistente la servidumbre para aprovechamiento de leña que tiene a su favor el vecindario de V. sobre la finca B, condena al Ayuntamiento de V. a que consienta la redención de la servidumbre, y conociendo, como es lógico, el tenor del artículo 550 C. c., sostiene que no es aplicable al caso de autos por dos series de razones:

"Considerando que el artículo 604, en relación con el 603 del Código Civil, concede en absoluto, especialmente y sin limitación alguna, al particular dueño de todo terreno gravado con servidumbre de aprovechamiento de leña y demás productos forestales, el derecho de redimir la carga mediante el pago de su valor, y, por tanto, cualquiera que sea la persona o entidad jurídica a cuyo favor se halle establecida aquella desmembración de las atribuciones dominicales, si se opone a que la redención se efectúe por la sola voluntad del dueño del predio gravado, *lastima un derecho de índole puramente civil que, por excepción, no puede ser regulado por las leyes y Reglamentos especiales a que hace referencia el artículo* 550 del mencionado cuerpo legal, que sólo afectará, en cuanto se refiere a pastos y leñas de carácter comunal, a la forma de su disfrute y aprovechamiento; y por consecuencia, como punto esencialmente relacionado con la integridad del dominio pleno, corresponde decidirlo a los Tribunales, a que están atribuidas todas las contiendas sobre la propiedad".

Pero como puede apreciarse, este considerando contiene dos graves errores al manejar la teoría de las fuentes y al valorar el papel de los Tribunales ordinarios; errores que, en el fondo, responden a un concepto equivocado del papel de las llamadas leyes administrativas. En cuanto a lo primero, para restringir el alcance de la remisión del artículo 550 a las leyes administrativas, afirma gratuitamente que las leyes administrativas no pueden regular la propiedad, dado el carácter civil de ésta, tesis que parece considerar a las leys administrativas como leyes de segundo orden, que no pueden afectar a leyes civiles. Lo cual no es cierto dogmáticamente, puesto que las leyes administrativas no encuentran en nuestro derecho más barrera formal que la constituida por las llamadas leyes fundamentales, entre las cuales no se encuentra el Código civil. Basta abrir la páginas de la Colección legislativa para comprobar cómo las leyes administrativas limitan cada vez más los derechos de propiedad. Lo cual, además, no significa contradecir el Código civil, puesto que para éste es obvio que la propiedad puede estar limitada por las leyes (art. 348). Por lo que se refiere al papel de los Tribunales ordinarios, la invocación de leyes administrativas, no supone —contra lo que parece creer la sentencia— una exclusión

de jurisdicción. Los Tribunales ordinarios pueden perfectamente ser competentes para declarar la imposibilidad de redención (no admitida por las leyes administrativas) invocando la remisión del artículo 550 C. c.

Pero la sentencia de 9.2.1920 maneja, además, un segundo argumento:

> "Considerando que, esto sentado, la sentencia recurrida, al declarar, accediendo a la reconvención, que procede redimir la servidumbre en litigio, fundándose exclusivamente en los artículos 603 y 604 del Código Civil, los aplica rectamente y no comete las infracciones de otros artículos del Código, de leyes y Reglamentos administrativos y sentencias, que se citan en el recurso, por cuanto éste, para invocar la aplicación de dichas dos disposiciones, *se funda en el supuesto de que el fallo se refiere a terrenos o bienes comunales* que, por estar exceptuados de la desamortización, debieran regirse en su administración, venta o aprovechamiento, por leyes especiales, *siendo así que se trata únicamente de una servidumbre o gravamen de aprovechamiento de leñas a favor de los vecinos* del Ayuntamiento de V., impuesta sobre un apropiedad particular de los demandados, adquirida por un título de índole civil, circunstancia que desvirtúa el carácter común invocado y no supone más que el disfrute en común de un derecho limitativo del dominio pleno, extinguible por la redención, la cual, negada por el Ayuntamiento ... no puede quedar atribuida a la Administración pública en el sentido de facultad de otorgar una mera concesión, después de que el Código la consagra en los artículos citados al principio, en términos absolutos, como un derecho civil inherente a la calidad del dueño del terreno.

Este segundo argumento es todavía menos aceptable. El Tribunal, ayudado en parte por el recurrente, se fabrica un débil maniqueo al que se complace en refutar con facilidad. Naturalmente que el *terreno* no es comunal; *pero es que el artículo* 550 *no habla de terrenos sino de servidumbres comunales*, y la propia sentencia reconoce la existencia de una servidumbre a favor de los vecinos. El Tribunal Supremo confunde el derecho (propiedad) con el objeto (la finca). De esto ya se ha hablado más arriba: la servidumbre puede ser un bien comunal aunque el objeto de este bien (derecho) sea una propiedad particular. Pero, entiéndase bien, no es

preciso tener que afirmar esta tesis, para criticar el sentido de la sentencia, ya que aun sin llegar a tanto, el artículo 550, no matizando si se trata o no de un bien comunal, remite en bloque a la regulación (sin excluir la extinción) de las servidumbres de utilidad comunal a las leyes administrativas, y éstas en ninguna parte admiten la posibilidad de extinción, que va contra la esencia y finalidad de la comunidad. La inalienabildad y la indivisibilidad, como estudiaremos más adelante, son principios constantes en esta materia.

Un fuerte argumento en apoyo de nuestra tesis encontramos en la aplicación posterior a 1888 del artículo 7.° de la Ley de 15.6.1866, que decía así:

> Los poseedores de fincas gravadas con aprovechamiento de pastos o de cualquier otra naturaleza, que no participen del carácter censual, constituidos a favor de pueblos o corporaciones, cuyos bienes estén comprendidos en las leyes vigentes de desamortización, podrán solicitar la redención de dichos aprovechamientos, en los mismos términos prescritos para los censos, siempre que no se haya declarado por el Gobierno o se declaren en virtud de petición hecha en el término de un año, de uso general y gratuito" (60).

Como puede apreciarse, se trata de una redención "dispuesta administrativamente", y de un alcance reducido por comprender sólo los bienes objeto de desamortización. De ser cierta la tesis de que los artículos 603 y 604 son de aplicación a las servidumbres comunales, al tener estos artículos un carácter más amplio y, sobre todo, basarse en una ley posterior y "civil", es lógico que el precepto de 1866 hubiese quedado derogado. Pues bien, no fue derogado, puesto que siguió manejándose en la práctica y aplicándose por los organismos administrativos y por el Tribunal Supremo, hasta la derogación definitiva de las leyes desamortizadoras. Al autorizado testimonio de ISABAL (61) y a la sentencia de

---

(60) Cfr. sobre el particular las sentencias de 26.2.1870, 3.3 y 6.7. 1871, 24.12.1873 y 29.5.1889.

(61) "Esta disposición la Ley de 1866 continúa en vigor después del Código civil. Se deduce del texto mismo de éste, la hemos

29.12.1899, en que se concede una redención al amparo de la ley de 1866, nos remitimos.

La consecuencia no puede ser más evidente: Si sigue aplicándose la Ley de 1866 es porque *los artículos* 603 *y* 604 *no cubren los aprovechamientos vecinales*, y para ellos hay que acudir a las "leyes y Reglamentos administrativos" entre los que se encuentra precisamente el precepto citado.

En el Derecho vigente la legislación administrativa está constituida por la LRL y RB, que, como se ha visto, consagran la inalienabilidad de los bienes comunales, entre los que, conforme a la estructura del presente libro, se encuentran las servidumbres de que estamos tratando.

No ignoramos —en otro orden de consideraciones— los escrúpulos que pueden alzarse contra nuestra tesis, basados en el reconocido espíritu individualista del Código civil y en su decidido criterio de reunificar el dominio dividido. Lo cual es cierto, en principio, pero no debe hoy concederse demasiado valor a este argumento, ya que el espíritu individualista del Código no es tan absoluto como algunos autores posteriores quisieran, tal como ha recordado el Tribual Supremo en su sentencia de 19.11.1949:

> "en orden a los aprovechamientos forestales de los pueblos, en especial al de los pastos en localidades ganaderas, es frecuente el caso de que constituyan el medio de vida casi exclusivo del vecindario, al que por altas razones de interés general no se puede aplicar el régimen individualista y de liberación de cargas de la propiedad que preside la sistemática del Código Civil" (62).

---

visto aplicar por la Hacienda y vigente la considera la jurisprudencia administrativa", en voz "Pastos", en la *Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XXIV, pág. 468.

(62) De la misma sentencia también es de recoger lo siguiente: "Esta conclusión no contradice las declaraciones hechas en las sentencias de esta Sala que se citan en el segundo motivo del recurso, porque en todas ellas se contemplaron situaciones jurídicas distintas de la de autos, puesto que se referían a cuestiones de aprovechamientos en montes de propiedad particular, y si no debe silenciarse que en la sentencia de 18.2.1932 se resolvió problema idéntico al presente, en el sentido de dar aplicación al artículo 603, esta declaración, por

Sin embargo de lo anterior, conviene tener presente que el Tribunal Supremo sigue manteniendo en la actualidad su criterio tradicional, es decir, el contrario al que sostenemos nosotros y entiende que todas las servidumbres de pastos y leñas que gravan los montes de propiedad particular, son redimibles en los términos de los arts. 603 y 604 C. c. sin que sobre su régimen ejerza ninguna trascendencia la circunstancia de que se hallen constituidas en favor de una comunidad de vecinos. Un buen ejemplo de este criterio nos ofrece la bien meditada sentencia de la sala primera de fecha 12.11. 1959, interesante por más de un extremo, y a la que es forzoso aludir aquí. En esta sentencia se hacen las siguientes declaraciones: 1.ª) Es correcto procesalmente emplazar en la demanda de redención al Ayuntamiento y a la Corporación en Pleno, e incluso al Alcalde —no obstante que los titulares de la servidumbre son los vecinos y no el Municipio— con tal que sean demandados con el carácter de representantes de tales vecinos. 2.ª) Rechaza la calidad de bienes comunales (y por consiguiente la aplicación de su régimen) a este tipo de servidumbres por los siguientes motivos: si bien es cierto que conforme a lo dispuesto en los arts. 187 y 188 LRL, los bienes comunales son inalienables e imprescriptibles, no lo es menos que ese privilegio, por serlo, ha de interpretarse en forma restrictiva, como excepción que es de la norma general; y teniendo en cuenta que la definición que la misma ley da de los bienes comunales es la de aquéllos cuyos aprovechamientos corresponde a los vecinos y el dominio pertenece al Municipio, y que en el caso que se resuelve, este dominio jamás ha correspondido a los Ayuntamientos manteniéndose siempre en propiedad de particulares, no puede ofrecer duda que los bienes litigiosos no pueden reputarse como comunales y no les alcanza el privilegio de referencia. 3.ª) Se admite la prescripción extensiva por el desuso de veinte años.

---

sí sola, no constituye fuente de Derecho, y, además, *no son uniformes las múltiples declaraciones hechas por el Tribunal Supremo sobre régimen jurídico aplicable en materia de aprovechamientos forestales por los vecinos de uno o más pueblos.*

Es de recordar, por otra parte, que ocasionalmente se ha sostenido que el artículo 603 no es de aplicación a las servidumbres constituidas con anterioridad al Código civil (63). Pero la doctrina más extendida ha adoptado la solución contraria (64), que ha sido sostenida rotundamente por el Tribunal Supremo en las sentencias de 11.12.1923, 8.5.1947 y 19.11.1949, declarando en la última:

> "El juzgador de instancia estimó que no es aplicable al caso de autos el artículo 603 del Código Civil declarativo de la redención forzosa de la servidumbre de pastos, frente a los beneficiarios de la misma y a instancia del dueño del predio sirviente, por que aquel precepto gobierna solamente la servidumbre constituida desde la vigencia del Código Civil, pero no las que, como la de autos, han nacido por prescripción inmemorial con anterioridad a dicho momento, y aunque este fundamento jurídico no es aceptable, porque tanto la doctrina científica como la jurisprudencial, extienden la aplicación del artículo 603 a la servidumbre de pastos establecida con anterioridad a la publicación del Código, en virtud de lo dispuesto en el párrafo último de su primera disposición transitoria".

Según de CASTRO, la razón de esta jurisprudencia es la tendencia marcada en la regla 4.ª de las disposiciones transitorias, de mantener la uniformidad de los derechos reales (65).

6. *Competencia de la Administración.*

La Administración está facultada, no sólo para declarar si las servidumbres constituidas sobre los montes públicos perjudican o no la conservación del arbolado, sino, además, para reconocer o rechazar la existencia de las mismas. Así lo ha afirmado terminantemente la sentencia de 25.10.1947:

---

(63) Así, CASTÁN, comentando la sentencia de 11.12.1923, por entender que de esta manera se perjudica "el derecho a la subsistencia de la servidumbre que pudiera tener con anterioridad a dicho cuerpo legal el dueño dominante".

(64) Así VALVERDE, citado por ISABAL (voz: "Pastos", cit., página 468), y este mismo autor, invocando en su apoyo la segunda parte de la Primera Disposición transitoria del Código.

(65) *Derecho civil de España,* Parte General, I, 3.ª ed., páginas 749-750.

El Ministerio de Agricultura, al resolver la petición del Ayuntamiento de M. en los estrictos términos de la resolución recurrida, la cual se limitó a continuar reconociendo a favor de dicho pueblo, y en la forma establecida, el aprovechamiento de leñas del monte N., decidió, por su parte, y en la esfera puramente administrativa, un asunto de su innegable competencia, toda vez que ... las cuestiones que se suscitan sobre la subsistencia o no subsistencia de servidumbres y aprovechamientos vecinales en los montes de carácter público, como lo es el mencionado, se examinarán y resolverán por la Administración ..., por lo cual, la O. M. recurrida no invadió funciones propias de las jurisdicción ordinaria, pues lo previsto por el artículo 72 (de la Ley de Montes de 1865) es que cuando la Administración resuelva sobre subsistencia o no subsistencia de servidumbres y aprovechamientos especiales "será sin perjuicio de lo que a falta de conformidad de las partes juzguen y fallen los Tribunales" y, por tanto, aquella decisión administrativa ha de preceder a la posible contienda judicial que surja entre las partes.

Para terminar esta exposición es de recordar, por último, que para la regulación de estas servidumbres deben tenerse presente, sobre las normas legales, los pactos que entre las partes se haya determinado, de tal manera que si existe un convenio de no redención o si se restringe ésta voluntariamente de cualquier manera que sea, hay que atenerse al pacto (66).

VI.—COMUNIDADES DE PUEBLOS

1. *Determinación.*

Al hablar de la naturaleza jurídica de los bienes comunales y, con más detalle aún en el capítulo anterior, se han expuesto las características de comunalidad que aparecen en los mismos, a lo largo de una compleja serie de tipos y variedades. En este epígrafe vamos a ocuparnos de una especialidad concreta: LA QUE RESULTA DE UNOS BENEFICIARIOS,

---

(66) Sentencias 5.1.1912 y 5.12.1930.

QUE NO SON VECINOS DE UN SOLO MUNICIPIO SINO DE VARIOS, COMUNIDAD DE VARIOS PUEBLOS EN UNA PALABRA. Recordando la terminología de los juristas clásicos napolitanos (67) *co.-munio pascuorum et aquarum inter finitimas universitates, o ius communionis inter quasdam Universitates, quarum demania inter communia sunt, atque utriusque cives illis utuntur absque fidas onere.*

Así determinado el objeto de nuestro estudio, es fácil distinguirle de los bienes comunales típicos y de las servidumbres y comunidades desarrolladas ya en los epígrafes anterior. Por lo que respecta a las Comunidades de Tierra, las dos figuras tienen un elemento común: la localización geográfica de los bienes no coincide —o puede no coincidir— con el domicilio administrativo de los beneficiarios, ya que éstos proceden de varios entes locales; pero entre ambos media un elemento diferenciador esencial: en las Comunidades de Tierra existe una personalidad jurídica independiente de los distintos pueblos que la integran, y que es la titular de los bienes; mientras que en las comunidades de varios pueblos, los derechos de todos ellos, así como los de sus vecinos, se articulan en una comunidad especialísima, que no es una persona jurídica.

Dogmáticamente el fenómeno no es nada fácil de explicar. Si operamos con criterios civilísticos, nos encontramos con un complejo de relaciones jurídicas de muy variada naturaleza en razón a la diversidad de los sujetos y de los objetos que concurren:

A) Si se trata de bienes públicos (supuesto que puede encajarse en el art. 601 C. c.), es una servidumbre ejercida en comunidad.

B) Si se trata de bienes particulares, hay que distinguir dos subvariedades:

a) La comunidad se extiende objetivamente a varios

---

(67) *Apud* TRIFONE, *Gli usi civici*, 1963, pág. 101.

pueblos, en cuyo caso nos encontramos ante la comunidad en sentido propio del artículo 602 C. c.

b) La comunidad se extiende subjetivamente a varios pueblos, pero objetivamente se limita a uno solo (68). En este caso resulta que para los vecinos de este pueblo existe una comunidad en sentido propio; pero para los vecinos de los otros pueblos se trata de una servidumbre.

Esta complejidad jurídica se agrava más aún si tomamos en consideración los otros elementos que intervienen como posibles titulares dominicales de los bienes o de los aprovechamientos: el Ayuntamiento y los particulares, individualment econsiderados, por un lado, y por otro, los Ayuntamientos en cuanto representantes de los intereses generales de los vecinos.

En cambio, si consideramos esta relación con los criterios administrativistas, que en este libro se defienden, se produce

---

(68) Un ejemplo característico puede verse en los resultados ("Vistos", según la terminología de los Reales Decreto-Sentencia de la época) de la sentencia de 10.6.1868: Visto que el Municipio de Sallent recurrió al Gobernador civil reclamando contra la mancomunidad que en el aprovechamiento de pastos en las partidas llamadas P. C. y L., pretendían tener los vecinos de Lanuza. Que el Ayuntamiento de este pueblo sostuvo su exclusivo derecho al disfrute de pastos en aquellos montes, fundándolo en varias sentencias arbitrales... El Gobernador de la Provincia... dictó providencia por la que declaró que en las partidas llamadas P. y C. tenía el pueblo de Lanuza derecho a la mancomunidad de aprovechamiento de pastos con Sallent, por lo que respecta a los terrenos que pertenecían al común de vecinos, y que si se creía, además, con derechos a igual servidumbre en los predios de propiedad particular que existían intermedios, podría ejercitarlo donde y como procediera. (Interpuesto recurso contencioso-administrativo) el Consejo Provincial falló que los vecinos de Lanuza tenían sobre los fundos poseídos por varios vecinos de Sallent y enclavados en las partidas de P. C. y L., el mismo derecho para aprovechar sus pastos después de levantados los frutos, que el determinado a favor de los expresados vecinos de Lanuza sobre los terrenos pertenecientes al común en P. y C. en la providencia origen del pleito. Aquí —al igual que vimos en el epígrafe destinado al estudio de las Comunidades de Tierra— volvemos a encontrarnos con la enorme imprecisión terminológica actual, puesto que de ordinario se barajan con la más absoluta indiferencia las palabras "comunidad" (servidumbre) y "mancomunidad" (con todas las subespecies y variantes imaginables). Como es obvio, la primera consecuencia del esquema metodológico —institucional que se propugna en este libro, habría de ser una depuración de la terminología.

una notable aclaración. Aquí nos encontramos sencillamente ante bienes comunales atípicos. En cuanto bienes (en sentido amplio: cosas y derechos) comunales, su caracterización esencial estriba en un aprovechamiento común, que ofrece la simple peculiaridad de que los beneficiarios no son vecinos de la misma Entidad local. Por lo que afecta al titular dominical podrá ser uno o varios Municipios, según los casos, y también particulares. Ninguno de estos elementos ofrece, pues, peculiaridades verdaderamente notables. Sí lo es, en cambio, la circunstancia de que los Ayuntamientos, *aun dentro de la comunidad,* puedan actuar frente a los otros Ayuntamientos en defensa de los intereses generales de sus vecinos.

2. *El Código civil.*

Esta consideración metodológica administrativa de tales bienes —a la que vamos a atenernos— no puede significar naturalmente un desconocimiento de los efectos del código civil.

Por lo que se refiere a las "comunidades" establecidas sobre bienes públicos, no surge ninguna dificultad, ya que en el Código civil (arts. 601 y 550) se hace una remisión en bloque a la legislación administrativa (69), y de ella vamos a ocuparnos en el número siguiente de este mismo epígrafe.

Por lo que se refiere a los bienes de propiedad particular, sostenemos conscientemente una interpretación restrictiva, que puede no estar conforme con el espíritu de 1888 y comentaristas inmediatamente posteriores, pero que, desde

---

(69) En estos artículos del Código se habla fundamentalmente de aprovechamientos pastueños, pero en el último artículo del capítulo, en el 604, se hace una alusión (refiriéndose a los de propiedad particular) a "aprovechamientos de leñas y demás productos de los montes". En la sentencia de 7.6.1872 tenemos un curioso ejemplo de una de las muchas situaciones existentes entonces en España, y que el Código se propuso extinguir: los vecinos de tres pueblos tienen derecho a gozar en común de un monte: los pastos desde el 1 de abril hasta el 29 de junio, y los de leñar, cazar y arrancar piedra y hacer cal durante todo el año.

luego, guarda consonancia con las tendencias legislativas y económicas modernas:

a) Si la comunidad está establecida entre los vecinos de pueblos diversos y sobre los bienes particulares de todos ellos, es de aplicación el artículo 602, y por tanto

> el propietario que cercare con tapia o seto una finca, la hará libre de la comunidad. Quedarán, sin embargo, subsistentes las demás servidumbres que sobre la misma estuvieren establecidas. El propietario que cercare su finca conservará su derecho a la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas (70).

b) Si la comunidad establecida entre los vecinos de varios pueblos sólo recayera sobre los bienes de los vecinos de uno de ellos (tal como hemos visto más arriba), al propietario "que deseare salir de la comunidad" no le será suficiente realizar lo dispuesto en el artículo 602, pues eso sólo será eficaz respecto de sus vecinos, pero no respecto de los demás beneficiarios. Por lo tanto vendrá obligado *además* a redimir conforme el artículo 603 la servidumbre establecida a favor de los vecinos de los otros pueblos.

> El dueño de terrenos gravados con la servidumbre de pastos, podrá redimir esta carga mediante el pago de su valor a los que tengan derecho a la servidumbre. A falta de convenio, se fijará el capital para redención sobre la base del 4 por 100 del valor anual de los pastos, regulado por tasación pericial (71).

Por tratarse, pues, de una comunidad y de una servidumbre conjunta deben utilizarse *los dos* remedios de los artículos 602 y 603, si se quiere lograr la liberación del fondo.

---

(70) Obsérvese la coincidencia de criterio con la vigente ordenación administrativa de pastos, hierbas y rastrojeras: en el artículo 33 del Decreto de 8.1.1954 se excluyen de los aprovechamientos comunes los terrenos cercados o vallados.

(71) Artículo 604: Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable a las servidumbres establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular.

3. *Condominio de varios Municipios sobre sus bienes de propios.*

El supuesto ordinario de estas comunidades de pueblos es el que tiene por objeto bienes públicos exclusivamente, siendo infrecuentes los casos en que la comunidad se extiende a propiedades particulares (lo que, no obstante, ha sido analizado en el número anterior). Pero, por otro lado, también puede ocurrir que la cotitularidad de los Municipios no se refiere solo a bienes comunales, sino también a los bienes de propios. El origen de estos supuestos es el mismo que ya hemos tenido ocasión de explicar con referencia a los bienes de propios en general .Se trata sencillamente de antiguos bienes comunales que durante el siglo XIX se transformaron en propios por imperativo de la legislación desamortizadora.

Examinando la antigua jurisprudencia es fácil encontrar ejemplos de estas variedades.

Asi, la sentencia de 3.5.1872: Subastado como desamortizable un monte propiedad de los pueblos de Puentedey y Leiva, recurrió este último, solicitando su exclusión de la desamortización considerándole de aprovechamiento común; mientras que aquél sostuvo la corrección de la tesis de la Administración

> por no haber poseído nunca el monte en tal concepto (como de aprovechamiento común) y sí como de propios y proindiviso con el pueblo de Leiva, siendo su venta útil y beneficiosa por haberse reducido a cultivo casi en su totalidad, aumentándose con ello el vecindario, su riqueza y bienestar.

El resultado de tal condición jurídica de los bienes es que, una vez enajenados, no correspondía a los Ayuntamientos condóminos más que el derecho a repartirse el importe del precio de la venta. Operación que produjo litigios en más de una ocasión, cuyas sentencias nos permiten conocer los detalles más importantes del problema (72).

(72) Cfr. el R. D. de 17.7.1902 y las sentencias de 27.1.1893 y 22.6.1894.

Por lo que nosotros interesa, basta hacer constar que nos encontramos ante simples condominios de derecho civil y no ante los bienes comunales atípicos, objeto de nuestro estudio.

4. *No son comunidades de Derecho civil.*

Las llamadas en nuestra terminología "comunidades de pueblos", tal como han quedado descritas más arriba, no pueden encajar dentro de la figura genérica de comunidad que aparece en el artículo 392 C. c. Aunque la afirmación es muy grave, así ha sido hecha por el Tribunal Supremo al intentar dar una explicación técnica al dogma de la indivisibilidad de las mismas.

En principio, los bienes comunales —típicos o atípicos— son indivisibles. Esto nunca lo ha puesto en duda ni la doctrina ni la jurisprudencia. Pero la dificultad surgía al intentar formular el principio de una manera técnico-jurídica, puesto que sobre todas las comunidades pesa el artículo 400 c. c. con su amplia admisión de la *actio communi dividundo*. Un modo de evitar su aplicación podría ser la excepción del artículo 401, si es que con la división se inutilizaba la cosa para el uso común. Pero el Tribunal Supremo, muy cuerdamente, ha rechazado de ordinario esta solución porque significa un planteamiento casuístico e individualizado de cada caso y, además, porque, en el fondo, representa una solución no jurídica: el que la división de una cosa la haga inutilizable es algo que, a la postre, corresponde decidir en estos supuestos a la Ciencia agraria, la cual, como es sabido, ha pasado, además, por momentos de exacerbado individualismo, en los que se mostraba sistemáticamente partidaria de la división. Como esta consecuencia de un prejuicio económico agrario era inadmisible, el Tribunal Supremo se ha esforzado en buscar una solución dentro de los principios del ordenamiento jurídico.

En busca de una salida más general, ya hemos visto que la jurisprudencia, tratándose de montes vecinales, les ha ido

considerando como comunidades de tipo germánico, que son por naturaleza indivibles.

Pues bien, tratándose de comunidades de pueblos, aun sin llegar a definir su naturaleza, se vale del artificio —menos preciso pero igualmente eficaz— de no considerarles como encuadrables dentro de las comunidades del artículo 392, con el resultado de que, por tanto, no es de aplicación en bloque el artículo 400, y así no se tiene necesidad de ir examinando en cada caso si opera la excepción del artículo 401.

Véase la sentencia de 29.11.1930 (sala 1.ª): Algunos Ayuntamientos de los veintidós que disfrutan comunalmente los montes denominados Bardenas Reales, ejercieron sobre ellos la acción de división de la cosa común, que fue desestimada por el Tribunal Supremo por considerar que

> aun entendiendo que la división que se pretende habría de referirse solamente al goce y disfrute de los aprovechamientos de las Bárdenas Reales, no puede en modo alguno estimarse que sirva para ello de norma legal la existencia de una comunidad de bienes tal como se define en el artículo 392 del Código Civil, para poder pedir la división de la cosa común, al amparo de esta institución jurídica, porque si bien la comunidad no se concreta a bienes de existencia material y es su concepto ampliable a cosas y derechos incorporales, supone como indispensable la igualdad absoluta de derechos, y el señalamiento, por lo que toca al caso actual de los límites de la concesión en cada partícipe; y como el aprovechamiento por parte de los pueblos cogozantes no lo tenían éstos en forma igual ni en completa totalidad ... sino que las concesiones fueron otorgadas con carácter abstracto, para los pueblos sin concreción de extensión ni cuota y a favor, por tanto, de una universalidad de individuos y sobre una universalidad de bienes, notorio resulta que carece de base la división pretendida. Considerando que el derecho del copropietario a pedir la división de la cosa común, mediante no estar obligado a permanecer en la comunidad y establecido en el párrafo 1 del artículo 400 del expresado Cuerpo legal, es obligada consecuencia de la existencia de la comunidad y como ésta no se reconoce en la sentencia impugnada, es obvio que no ha podido ser infringido en su sola y propia naturaleza dicho precepto legal.

La solución, como se ve, es ingeniosa y, aunque jurídicamente discutible, sirve perfectamente a los objetivos perseguidos. A nuestro entender, sin embargo, mejor aún hubiera sido, puesto que de bienes públicos se trata, una remisión en bloque a la legislación administrativa —tal como se hace en los artículos 550 y 601—, en la que no rige el principio de la divisibilidad y es, además, de indudable y positiva aplicación el de la inalienabilidad.

5. *Regulación.*

El artículo 601 se remite en bloque, como hemos visto, a la legislación administrativa. Ahora bien, ¿a cuál de sus normas en concreto? Los primeros comentaristas del Código (73) solían enumerar aquí los artículos de la Ley Municipal, y concordantes, referentes a bienes y aprovechamientos comunales. Nosotros también suscribimos esta opinión. Con la advertencia, además, de que como con frecuencia traen estas comunidades de pueblos un origen concreto, y en todo caso se rigen por normas consuetudinarias, habrá que atenerse a ellas en lo que no estén modificadas por la legislación administrativa dicha y, en su caso, por la forestal. Así lo declara expresamente la sentencia de 24.3.1866.

Modernamente el Decreto de 8.1.1954 ha introducido una violenta modificación en el régimen administrativo de estas comunidades de pueblos, al disponer en su artículo trece que

> la Administración de los pastos de las Mancomunidades estará a cargo de los Cabildos Sindicales de las Entidades o pueblos interesados. La Junta Provincial de Fomento Pecuario, cuando lo considere necesario podrá constituir la Junta de Mancomunidad, que quedará formada por un miembro de cada uno de los Cabildos Sindicales que integran la Mancomunidad de pastos, y por el Inspector Municipal veterinario del pueblo que se señale como residencia de la Junta. Se establecerá una rotación anual en la Presidencia de la misma, que recaerá sucesivamente sobre todos y cada uno de los representantes de los Cabildos

---

(73) Así MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. IV, 1895, págs. 780-781.

de los Pueblos que forman la Mancomunidad. Esta Junta de Mancomunidad se atendrá para su funcionamiento a los preceptos de este Reglamento.

Debido a la equivocidad terminológica existente, pudiera entenderse que este precepto es también aplicable a las Comunidades de Tierra; pero no debe ser así, ya que para nada se hace referencia a este Decreto de 1954 en la legislación local reguladora de las Comunidades de Tierra.

En todo caso, no tenemos noticia de que hasta la fecha se haya hecho uso de este precepto por las Juntas Provinciales de Fomento Pecuario (hoy Delegaciones Provinciales de la Junta Central de Fomento Pecuario). Pero si tal se hiciera, y se concediese personalidad a esta Junta administrativa, no cabe duda que, conforme a nuestra sistemática, se convertiría en una Comunidad de Tierra en sentido propio, cuyos bienes habrían de ser aprovechados en común.

Hecha esta salvedad, la administración se desarrollará conforme a las normas consuetudinarias o a los convenios intermunicipales, si los hubiera. A este efecto es fundamental la doctrina sentada por la reciente sentencia de 8.11.1961 (sala 4.ª). El litigio surge a propósito de una Concordia celebrada entre los dos Municipios que integran la comunidad, y por la que hasta ahora venía ésta rigiéndose, declarándose

que es cuestión previa a dilucidar, la excepción de incompetencia de jurisdicción, por razón de la materia, ... y que se refiere a la afirmación hecha por el Ayuntamiento de R. de que la Concordia celebrada por los dos Ayuntamientos ... por la que provisionalmente pusieron fin a la discordia habida entre ellos sobre delimitación de sus términos municipales, se trata de un contrato de carácter civil en el que uno y otro Ayuntamiento obraban como personas jurídicas, y conscientemente es ésta (la civil) la jurisdicción llamada a conocer sobre la interpretación y cumplimiento del expresado contrato. Mas quien esto afirma, no puede olvidar la naturaleza, toda ella eminentemente administrativa, puesto que la celebraron dos Ayuntamientos, sobre bienes comunales que no están delimitados; que autoriza un aprovechamiento en común, por los vecinos de uno y otro pueblo, mediante el pago de un canon a ingresar en las arcas municipales y, mediante la contraprestación por el de L. de

> unos ejidos que serán disfrutados por los vecinos de R.; todo ello con el fin de evitar y dar solución, de momento, a aquellas diferencias sobre delimitaciones de sus términos municipales ... determinando un aprovechamiento de vecinos, bajo el control y dirección de los Ayuntamientos contratantes. Y si esto es así, no ofrece duda que se trata de una convención administrativa, cuya interpretación corresponde a esta jurisdicción.

Obsérvese la rotunda declaración de comunalidad que se hace en esta sentencia; pero todavía tiene mayor interés la acogida y tratamiento que se hace a esta figura de la contratación entre entes locales —tan rara en el Derecho español— que denomina *convención administrativa*, y cuya naturaleza ha sido muy debatida en la doctrina (74).

6. *Proporción en los aprovechamientos.*

Ordinariamente el derecho a los aprovechamientos o no está limitado subjetivamente (caza, leñas muertas) o se encuentra debidamente regulado por la costumbre, convenios u ordenanzas. Pero es claro que en ocasiones ha tenido que surgir discusión sobre este punto. ¿Con qué criterio se ha de proceder, entonces, a los repartos?

La R. O. de 6.3.1849, dictada para un caso particular, pero cuya doctrina se expresa en términos muy amplios, es muy aleccionador a este respecto:

> ... se declara que el producto del carboneo ejecutado en el monte A., de uso común entre dicha villa (Cifuentes) y la de Val, su antigua aldea, se reparta entre ambas con proporción a sus respectivos vecindarios, y no por mitad ... (resolviéndose) que tanto el producto del carboneo del expresado monte, cuanto los

---

(74) Cfr. S. MARTÍ-RETORTILLO, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, 1960, esp. págs. 121 y sigs., y ENTRENA CUESTA, "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración", en *Revista de Administraciós Pública*, núm. 24, 1957. En su sistemática podría considerarse como un contrato de cooperación o "contrato público". En el Derecho italiano se maneja para estos supuestos la figura del "consorcio de derecho público", en torno al cual se ha levantado una abundante bibliografía. Véase, por todos, el reciente libro de G. STANCANELLI, *I. consorzi nell Diritto amministrativo*, 1963, y O. SEPE, "Los consorcios municipales en la legislación italiana", *RAP*, núm. 30, 1959, páginas 291-300.

demás de que fuere susceptible el terreno común, se distribuya entre ambos pueblos comuneros habida proporción a sus respectivos vecindarios, según lo exigen los principios de la justicia y de equidad que deben tenerse en cuenta en casos de esta naturaleza.

Años más tarde, la R.O. de 14.10.1884 resolvió que en el caso de que un monte comunal lo fuera de dos pueblos, los aprovechamientos a realizar en él se repartieran por mitad; pero la R.O. de 6.3.1881 rectificó este criterio, ordenando que la distribución se hiciera en proporción a los respectivos vecindarios (75).

7. *Jurisdicción.*

De conformidad con los principios generales reguladores de esta materia, los Tribunales ordinarios son competentes para el conocimiento de las cuestiones que se refieren a la propiedad, y la Administración (con su correspondiente revisión contencioso-administrativa) de las cuestiones que afectan a la posesión, bien sea la real o la presunta derivada de la inscripción en el Catálogo (76).

VII.—DERROTAS DE PASTOS

Habiendo afirmado que la comunalidad radica esencialmente en el aprovechamiento, al margen de la titularidad dominical, y habiendo examinado ya aprovechamientos comunales sobre bienes propiedad del Estado y de Municipios, es lógico pensar en la posibilidad de que recaigan sobre

---

(75) Citadas por GUAITA, *Régimen*, ... cit. pág. 222, nota, quien añade: "De todas formas, no debe olvidarse la gran fuerza de la costumbre en esta materia sancionada por las leyes municipales, que hace que en muchos casos no se siga este criterio de proporcionalidad, ya que la costumbre está cristalizada desde hace siglos y los vecindarios de los pueblos están sujetos a las naturalezas y comprensibles mutaciones".

(76) Cfr. las sentencias de 2.7.1942 y 15.8.1930.

bienes de propiedad particular. Jurídicamente esta construcción es perfectamente posible.

El problema fue estudiado en la sentencia de 9.2.1920, y si la solución fue negativa, no fue debido a dificultades genéricas de institución, sino a las circunstancias del caso concreto, ya que se trataba de un título de carácter civil:

> La sentencia recurrida, al declarar que procede redimir las servidumbres en litigio, fundándose exclusivamente en los artículos 603 y 604 del Código Civil, los aplica rectamente y no comete las infracciones de otros artículos del Código, de Leyes y Reglamentos administrativos y sentencias, por cuanto ésta, para invocar la aplicación de dichas disposiciones se funda en el supuesto de que el fallo se refiere a terrenos de bienes comunales que por estar exceptuados de la desamortización debieran regirse en su administración, venta o aprovechamiento por leyes especiales, siendo así que se trata únicamente de una servidumbre o gravamen de aprovechamiento de leñas a favor de los vecinos de un Ayuntamiento impuesta sobre una propiedad particular de los demandados, adquirida por un título de índole civil, circunstancia que desvirtúa el carácter propiamente comunal invocado y no supone más que el disfrute en común de un derecho limitativo del dominio pleno, extinguible por la redención, la cual, negada por el Ayuntamiento con personalidad suficiente y sin requerir autorización superior por su concepto de demandado, en cuanto a la reconvención, no puede quedar atribuida a la Administración pública, en el sentido de facultad de otorgar una mera concesión, después que el Código la consagra en los artículos citados al principio, en términos absolutos, como un derecho civil inherente a la calidad de dueño del terreno" (77).

Ahora bien, el mayor interés de esta figura radica en una institución comunal, no ya típica, pero tipificada por el legislador en la Ley de 7 de octubre de 1938 y Reglamento de 8 de enero de 1954. Nos estamos refiriendo a las derrotas

---

(77) Se transcribe íntegro el considerando porque su doctrina no puede ser más interesante: Obsérvese que el Tribunal Supremo reconoce la personalidad procesal del Ayuntamiento, no obstante el carácter civil y privado que atribuye a los aprovechamientos, ¿no es esto un inconsciente reconocimiento de la modulación administrativa de los mismos? Pero el Tribunal no se atrevió a extraer las consecuencias de esta modulación.

de pastos, hierbas y rastrojeras, o aprovechamientos colectivos de los subproductos de carácter pastueño una vez levantadas las cosechas, que presentan la particularidad de una fuerte intervención administrativa central (a través de la Junta Central de Fomento Pecuario dependiente de la Dirección General de Ganadería) y que en la esfera local se encomienda, no a los Ayuntamientos, sino a órganos integrados en la Organización Sindical, concretamente a las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos (78).

VIII.—LOS BIENES COMUNALES Y EL REGIMEN FORAL

Entre los bienes comunales atípicos deben encuadrarse, sin duda alguna, una serie de instituciones forales, sumamente interesantes, y de gran vigor, a los que sólo podemos hacer aquí una referencia muy sumaria.

1. *Navarra.*

A) *Pastos de facería.*

Así se denomina en Navarra la comunidad que en determinados pastos, o en todos los vecinales, tienen algunos pueblos limítrofes, que por esta circunstancia se llaman faceros (79). Su origen es tan antiguo como el propio del reino de Navarra y se basa en instituciones comunales que luego se desdoblarían dando lugar, en Aragón, a la llamada alera foral (80).

---

(78) Para su estudio nos remitimos a nuestra obra *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, Ed. Junta Provincial de Fomento Pecuario de Valladolid, 2 tomos, Valladolid, 1959.

(79) VÍCTOR COVIAN, "Pastos de facería", en la *Enciclopedia jurídica Seix*, tomo XXIV, pág. 464, al que seguimos en lo fundamental.

(80) Sobre este origen común de la alera foral, facería y otras modalidades, cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *La alera foral*, 1951, págs. 15-17. En el Derecho moderno la facería navarra se distingue de la alera foral aragonesa en que no tiene carácter general ni forzoso. Pero

Dentro de ellos hay que distinguir dos variedades:

a) Las establecidas entre pueblos que tienen términos conocidos, deslindados o demarcados. De ellas se ocupan los capítulos VI y VII del título I, libro VI, del Fuero General de Navarra:

> Las villas faceras que han los términos conoscidos pueden pascer de part de los restoy los ata sus heras, de sol a sol, non fa siendo dayno de los fruytos, ni en prado de cavayllo, nin de buyes;

y en la terminología jurídica moderna deben ser considerados como servidumbres (81).

b) Las establecidas entre pueblos, cuyos términos no están delimitados, de tal manera que los terrenos dedicados a pastos se encuentran confundidos sin que pueda fijarse cuáles pertenecen a uno u otros.

De ellas se ocupa también el capítulo VII del título I del libro VI del Fuero:

> Maguer ay muitas villas que non cognoscen los términos, et aqueillas villas tales deven passar trasfumo, et paszer las yerbas, et bever las aguas en una, et si montes ha en los términos, usar de ellos como si fuessen una vezindat ambas las villas. Esto es por lo que no han partido los términos: maguer la una destas villas si oviere mont o algún vedado, o alguna part del término apartada que usen por sí et usaron sus antecesores, dívelis como el uso han leyssar.

¿Qué suerte ha cabido a la institución de las facerías? —se preguntaba a COVIAN a primeros de siglo, y respondía melancólicamente—: "Ha pasado su tiempo y la tendencia va hacia la división de toda cosa común ... continúan las cuestiones para dividir montes y pastos, no ya entre los distintos Ayuntamientos, sino hasta entre los vecinos de un término municipal, y al ver el silencio que guardan los Pro-

---

recuérdese que la alera también perdió este carácter en el Apéndice aragonés del Código civil.

(81) Así FAIRÉN GUILLÉN, en *La alera foral*, cit., pág. 201.

yectos, pues todos ellos se acogen al Derecho de Castilla respecto a esta institución, se hace temer que haya desaparecido o por lo mnos continúa a pasos de gigante hacia esa solución".

Los pastos de facería no pudieron resistir, en efecto, las corrientes individualistas del siglo XIX (82), que no supieron comprender —como dice COVIAN— que aquellos "resolvían un problema social en los pueblos agrícolas, ya que mediante ellos podía el pobre obtener cuantiosos beneficios del ganado, que conseguía con facilidad en aparcería o camuña, y al menos le daba lo necesario para pagar la renta del caserío que llevaba en arrendamiento. Pues la desaparición de los pastos comunes, constituye uno de los factores para que la explotación de la ganadería pase a ser patrimonio de los ricos, únicos que pueden suministrarse los medios de alimentarla".

B) *Corraliza.*

Es un terreno generalmente muy extenso, con pastos y corral, dedicado al sustento y cría de ganados (83).

C) *La comunidad de pastos en terrenos municipales* tiene disposiciones especiales en Navarra por virtud de su régimen foral. Las principales son la ley 26 de las Cortes de Navarra de los años 1828 y 1829; el Reglamento de montes y arbolado de 30.1.1851 y las Circulares y acuerdos de carácter general dictado por la Diputación de Navarra.

Por otro lado, no son aplicables a Navarra los artículos 600 ni 603 del Código civil, ya que la servidumbre de pastos en Navarra puede establecerse por costumbre y es irredimible por aplicación del derecho romano, supletorio conforme declara la sentencia de 9.4.1898 (84).

---

(82) Véase, por todos, ALONSO, *Recopilación y comentario de los Fueros y Leyes del antiguo Reino de Navarra*, 1848.

(83) LACARRA, MENDILUCE, *Instituciones de Derecho civil navarro*, tomo I, 1917, pág. 424.

(84) CASTÁN, *Derecho civil*, tomo II, ed. 9.ª, 1957, pág. 613.

La sentencia de 23 de noviembre de 1928 desarrolla la siguiente doctrina sobre los aprovechamientos de bienes comunales en Navarra:

> Que para resolver la cuestión planteada "hay que tener en cuenta que la resolución administrativa recurrida es, no un acuerdo municipal del Ayuntamiento de Arvizu, sino de la Diputación foral y provincial de Navarra de 17 de abril de 1925, por el que, y a virtud de las facultades que a la referida Corporación atribuye el régimen especial de dicha provincia, sancionado por la Ley de 16 de agosto de 1841, expresamente reconocido como existente en la doce disposición transitoria del Estatuto provincial ... aprobó las modificaciones introducidas en las Ordenanzas municipales de Arvizu por el Ayuntamiento de dicha villa para regular debidamente el disfrute de los aprovechamientos de los bienes comunales de la misma entre sus vecinos, doctrina legal que posteriormente vino a ser sancionada en la tercera de las bases del Real Decreto-ley de 4 de noviembre de 1925, que fijó, de acuerdo con la Diputación, las que adaptan el Estatuto municipal al régimen especial económico y administrativo de Navarra.
>
> Que bajo el concepto genérico de la legislación común, aplicado a la propia y privativa de Navarra, "se comprenden todas las disposiciones que integran su régimen especial, incluidas en su Novísima Recopilación y disposiciones posteriores, singularmente la Ley de 16 de agosto de 1841, no sólo las de carácter meramente civil ... sino que también las administrativas propiamente dichas, o sea las reguladoras de las relaciones que median entre la Administración y los administradores, cual acontece con las que regulan el disfrute y aprovechamiento de los bienes comunales de los pueblos, como lo son indudablemente aquellos a que el recurso se refiere; por lo que es notoriamente improcedente la excepción de incompetencia, por razón de la materia, que ... admite de oficio la sentencia apelada".

D) *Facerías internacionales.*

Las facerías, o "pacerías", o "passerías", han tenido una evolución histórica muy larga y notable: primitivamente, Convenios de paz entre Valles vecinos, a los que se unían disposiciones para facilitar su convivencia efectiva, y entre ellos no eran las menos importantes las referentes a la ad-

ministración de los pastos; las guerras exteriores mueven a los Valles a concederse trato especial en cuanto a posibles hostilidades; en ocasiones se neutralizan relativamente a sí mismos; las facerías llegan a revestir caracteres de Convenios internacionales, en que destaca el espíritu de comunidad de las gentes de la montaña frente a las potencias que triunfan en las llanuras. Pero la centralización de los Poderes hace decaer esta independiente posición de los Valles montañeses, a fin de facilitar el desarrollo económico de los fronterizos.

El acacimiento progresivo de la absorción de los poderes políticos y administrativos de los Valles pirenaicos por los poderes centrales, supone el cercenar sus posibilidades de concertarse entre ellos sobre ciertas materias; las facerías pierden paulatinamente su carácter político. Pero la economía de los lugares continúa teniendo marcados caracteres y sigue siendo así necesario el proveer a su desarrollo pacífico, evitando roces y conflictos con los vecinos.

La ordenación franco-española, que fijó las fronteras en el segundo tercio del siglo XIX, no podía omitir el debido respeto a las facerías. Ciertamente que estos Convenios habían perdido su carácter político, mas perduraba su espíritu y perduraba toda una serie de regulaciones sobre aprovechamiento de pastos, aguas, leñas, maderas, sobre pasos, sobre posibilidades de los habitantes de ciertos lugares que en invierno podían verse en peligro, de ir a proporcionarse los elementos necesarios para su vida más favorecidos. La línea fronteriza a trazar no podía desconocer lo que los Tratados en elaboración trataban de propugnar: las relaciones de buena vecindad, de complemento económico (85).

---

(85) FAIRÉN GUILLÉN *Facerías internacionales pirenaicas*, 1956, págs. 15-18. Esta obra, aunque tiene un carácter muy diferente de *La alera foral* —conscientemente ahistórico y con muy escasa dogmática jurídica—, supone una intención metodológica, a la que es difícil encontrar paralelo en la bibliografía moderna, y por el acopio de materiales y sistema expositivo constituye una fuente imprescindible —y prácticamente la única de esta institución—, por lo que nos remitimos a ella *in totum*.

2. *Aragón.*

A) *Alera foral.*

Es la facultad que tienen los vecinos de cada pueblo de introducir sus ganados a pastar en los términos d elos inmediatos "de sol a sol y de era a era". El apéndice aragonés ha quitado a la alera foral su antiguo carácter de servidumbre legal de existencia general y forzosa y ordena que se rija por su título escrito o vigente costumbre y por las disposiciones del Código en cuanto a la comunidad de pastos en terrenos públicos (86).

B) *Boalar o dehesas boyales.*

El boalar era el terreno destinado para pasto del ganado de los vecinos de un pueblo y su privilegiado carácter hacia que sobre él no existiese el derecho de alera foral (87). El Apéndice Foral vigente nada dice con relación a los boalares, a los que no cita en la disposición de su artículo 16. Lo cual no obsta —como sostiene FAIREN GUILLÉN— para que cuando el título escrito o costumbre por que se rige el derecho de alera determine alguna particularidad con respecto a los boalares, debe de respetarse; en cuyo caso la legislación administrativa general sobre dehesas boyales deberá de entenderse supletoria, pues así se deduce del principio de "que en los demás, regirán las disposiciones del Código civil referentes a la comunidad de pastos en terrenos públicos".

3. *Guipúzcoa.*

El Capítulo I, del título XL del Fuero regula una servidumbre de pastos, bastante análoga a la alera foral de Ara-

(86) FAIRÉN GUILLÉN ha hecho en *La alera foral*, cit., un estudio definitivo de esta institución, al que nos remitimos *in totum*.

(87) FRANCO Y GUILLÉN, *Instituciones de derecho civil aragonés*, 1841, págs. 130 y sigs., y más especialmente, FAIRÉN GUILLÉN "Consideraciones jurídicas sobre los boalares de Aragón", en *Anuario de Derecho Aragonés*, 1944, y *La alera foral*, cit., págs. 85-99 y 172-176. La cita del texto corresponde a la página 172.

gón, al autorizar a toda clase de ganados para pacer las hierbas y beber en cualquier tierra y montes, de sol a sol, sin que ningún propietario pueda impedir tales pastos y abrevadero, cerrando su heredad, a no ser que la tuviese plantada de viña, manzanos o convertida en vivero o sembrado, desde Santa María de Agosto a Navidad.

4. *Cataluña.*

Existen en propiedad comunal los llamados bienes *emprius*, que pueden ser bien de carácter meramente civil o de carácter administrativo, constituida a favor de los vecinos de un pueblo determinado (88).

IX.—LOS BIENES COMUNALES EN LA COLONIZACION AMERICANA

Por razones sistemáticas y por su valor significativo (en cuanto expresión de una cultura jurídica, trasplantada sin dificultad a las circunstancias, tan diferentes, del Nuevo Mundo) hacemos en este lugar una breve referencia a los bienes comunales atípicos que aparecieron en América durante la época de la colonización española (89), y entre los que pueden distinguirse las siguientes variedades:

---

(88) CASTÁN, *Derecho civil, cit.*, tomo II, ed. 9.ª, 1957, págs. 358 y 359, en la bibliografía citada.

(89) Con anterioridad a la conquista, ya hemos hecho una alusión al Perú en el capítulo primero. Parece ser que en todo el continente fue conocido, e incluso predominantemente, la propiedad comunal. A la llegada de Hernán Cortés, la explotación de la tierra giraba en torno del calpulli o agrupación parental.

Las tierras que poseía el calpulli eran de varias clases. En primer término, había una extensión que rodeaba cada pueblo, y a la que se llamó el *altepetlalli* (tierra de la ciudad). Parece ser que ésta reunía todas las tierras de varias clases poseídas por los diversos grupos parentales que constituían el poblado. Estaba dividido en Secciones; cada calpulli poseía su *propio*, parte bien definida de esta extensión general y que usaban independientemente de los otros grupos de la

A) *Ejidos.*

El Rey Felipe II, en la cédula de 1.12.1573, dispuso que los sitios destinados a la erección de pueblos por reducción de indios, tuvieran agua, tierras, montes y un espacio de terreno para los ganados. Este espacio de terreno se llama ejido. En resumen, el ejido consiste en una extensión de tierras concedidas a las poblaciones mejicanas para uso común y gratuito de sus habitantes. Fue el propósito de los Reyes españoles reemplazar la antigua propiedad comunal de las poblaciones de los indígenas por el sistema de legislación española vigente en la época. El ejido de los pueblos indígenas en el distrito de la Audiencia de Méjico fue fijado por un Ordenanza del Marqués de Falces, expedida el 26.5.1567, en una extensión superficial de 500 varas, desde la iglesia del pueblo, o sea, de una superficie de un millón de varas cuadradas. El 4.6.1567, Felipe II, dio seiscientas varas de terreno "medidas desde los antiguos linderos de casas del lugar para afuera, quedando siempre como hueco el casco del pueblo". Felipe IV, por Real Cédula de 12.7.1695, ordenó que las seiscientas varas se midieran desde la Iglesia, a cada uno de los puntos cardinales, lo que da el área de millón y medio de varas cuadradas, de manera que en esta disposición quedó ya comprendido el pueblo en la extensión del ejido, cesando naturalmente la distinción de la traza y del fundo legal (90).

---

ciudad. Se puede suponer que una gran parte de este altepetlalli no estaba sometido a cultivo, pero servía como terreno de caza, montes, canteras, etc. Cualquier miembro del calpulli podía usar de las tierras no cultivadas como anexos pertenecientes a su distrito, teniendo facultad (con ciertas restricciones) para cazar, pescar, cortar madera o recoger hierba para los techos, esteras y otros fines familiares. No había pastos comunes desde el momento que los aborígenes mejicanos no poseyeron rebaños domésticos. Existían, sin embargo, ciertos derechos tan equitativamente formados que la Corona española reconoció el Código azteca e hizo de él la base para la regulación de los derechos en aguas en el Méjico colonial. (MAGARIÑOS TORRES, *La restitución de los bienes comunales a los indios*, 1932, pág. 40.)

(90) MAGARIÑOS TORRES, *La restitución...*, cit., págs. 64 y sigs., precisando a continuación (pág. 65): "Wistano Luis OROZCO, que ha estudiado con mucho detenimiento la cuestión de los éjidos en la jurisdicción de la antigua audiencia de Guadalajara, establece que,

OTS CAPDEQUI advierte que "con el aumento, desigual, de la densidad de población, algunas villas y ciudades llegaron a considerar insuficientes sus ejidos y se creyeron en el caso de solicitar nuevas mercedes de tierras baldías que, al incrementar su ramo de propios, les permitiera solventar las dificultades que derivaban del crecimiento grande del número de vecinos. Otras ciudades, en cambio, pedían permiso al Superior Gobierno para arrendar o vender parte de las tierras de su ejido" (91).

B) *Fundo legal.*

Aunque esta denominación sea relativamente moderna, el origen de la institución es bien antiguo. Ya la Real Cédula de 4.6.1687 y la de 12.7.1695 establecieron una concesión mínima de tierras a los pueblos indígenas, consistente en seiscientas varas medidas de la Iglesia del pueblo a cada uno de los puntos cardinales. A esta concesión irreductible, decretada para la jurisdicción de la Audiencia de Méjico, las "Pandectas hispano-mejicanas" de Juan RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, llamaron "fundo legal". Ha habido una gran confusión entre este término de fundo legal y el término de ejido, porque, en realidad, la única condición que fue puesta por los Reyes españoles para dar las tierras, fue que se construyera una Iglesia donde se pudiera decir misa decentemente, y no una población. Las Reales Cédulas que fijaron

---

por virtud del acuerdo de la propia Audiencia, se fijó en un sitio de ganado mayor la extensión superficial del éjido, de manera que se concedió a las poblaciones de la antigua Nueva Galicia veinticinco millones de varas cuadradas, o sea 1.755 ha. Conforme a las cédulas de 4.6.1687 y 12.7.1695, se confirió al Virrey de la Nueva España y a la Audiencia de Méjico la designación de las tierras que se estimaren necesarias en un éjido, de 1.200 varas de lado, para los pueblos, bajo la jurisdicción de la citada Audiencia."

Con posterioridad, vino una Ley de carácter general, que fue la 8, título III, libro IV, relacionada con la célula de 15.10.1713, que estableció: "los sitios en que han de formarse pueblos y reducciones, tendrán comodidad de aguas, tierras y montes, entradas y salidas y labranza, y un éjido de una legua de largo, donde los indios pueden tener sus ganados, sin que se revuelvan con otros de españoles".

(91) *España en América*, 1959, págs. 20-22 y 50-52.

para el distrito de la Audiencia de Méjico la concesión irreductible, establecieron que se daba la concesión de tierras para que los indios "siembren y vivan". De manera que la concurrencia de esas leyes sobre la traza y la necesidad de tomar terreno del ejido, ha sido la causa de que se introduzca este término de fundo legal en la legislación (92).

C) *Terrenos pertenecientes a ciudades fundadas por españoles.*

a) *Fundadas por empresas particulares:*

Ley 7, título 7, libro 4: "sáquese primero lo que fuera menester para los solares del pueblo y ejido competente, y dehesa en que pueda pastar abundantemente el ganado, que han de tener los vecinos, y otro tanto para los propios del lugar; el resto de territorio y término se haga cuatro partes, la una de ellas, que escogiere, sea para el esté obligado a hacer el pueblo, y las otras tres, en suertes iguales, para los pobladores".

No conocemos, por tanto, la extensión del ejido ni demás tierras de propiedad municipal.

b) *Fundadas por las autoridades de la colonia:*

Ley 14, título 7, libro IV: "debe señalarse ejido para la población en "competente cantidad de tierras, debe darse dehesas que confinen con los ejidos, y alguna buena cantidad más para el Concejo municipal, y lo restante de la tierra debe distribuirse en suertes". Aclarando la Ley 13 que "los ejidos sean en tan competente distancia, que si creciere la población, siempre quede bastante espacio para que la gente se pueda recrear y salir los ganados sin hacer daños" (93).

D) *Dehesas boyales,* "para los bueyes de labor y para los caballos, y para los ganados de la carnecería, y para el número ordinario de ganados que los pobladores por ordenanza han de tener" (94).

E) *Derrotas o pastos comunes de las parcelas sembradas.* Como dicen las mismas Ordenanzas los pastos habrán de ser comunes "alzados los frutos, excepto la dehesa boyal

---

(92) MAGARIÑOS TORRES, *La restitución...*, cit., pág. 66.
(93) MAGARIÑOS TORRES, *La restitución...*, cit., págs. 67-68.
(94) "Ordenanzas de descubrimiento y nueva población de 1573".

y concejil". Según la Ley 5, título 17, libro IV, de la Recopilación de Indias, el uso de todos los pastos, montes y aguas ha de ser común a todos los vecinos.

F) Por lo que se refiere a los indios, existieron bienes comunales de particular importancia. Como señala OTS CAPDEQUI (95) es incuestionable la existencia de la propiedad comunal entre los indios desde los primeros años siguientes a los primeros descubrimientos. En todas las disposiciones que perseguían la reducción a población de los indios, se ve la constante preocupación de los legisladores porque en estos pueblos de indios no faltasen los bienes comunales. En la *Recopilación de leyes de Indias de 1680*, se dedica todo el título 4 del libro VI, a regular la organización y funcionamiento de las llamadas "Caxas de censos y bienes de comunidad de los indios". Del conjunto de sus disposiciones se desprende que las rentas que estos bienes producían se habían de gastar en beneficio del común de los indios y en la satisfacción de los tributos que sobre los mismos pesaban (96). Su administración corría a cargo de los funcionarios reales, y para conocer los pleitos que sobre estos bienes pudiesen suscitarse se crearon Juzgados especiales. De recordar es también la Ley 9 del título 31 del libro, que establecía "que el Oidor procure que los indios tengan bienes de comunidad" (97).

Si estos bienes quedaban vacantes, por abandono de los indios, revertían a la corona (98).

---

(95) "El derecho de propiedad en nuestra legislación de Indias", en *Anuario de Historia del Derecho español*, II, 1925, págs. 154-155.

(96) Este régimen demuestra la falta de identificación jurídica de tales bienes comunales con los así llamados en la Península, o, por mejor decir, que el modelo que se toma para su regulación no es el concepto preciso de los bienes comunales primitivos, sino la versión española, ya degenerada, del siglo XVI.

(97) Téngase también presente las variedades señaladas para los indios del Perú, a que nos referimos en otro lugar.

(98) Así es la tesis de CASTILLO SOLÓRZANO (según OTS CAPDEQUI, *El derecho de propiedad...*, cit., pág. 157), en contra de las pretensiones de los encomenderos que pretendían hacer suyas las tierras abandonadas con olvido de la regalía de la Corona.

CAPITULO NOVENO

MONTES VECINALES

I.—Tipología genética.

II.—Reconocimiento jurisprudencial.

III.—Regulación legal.

IV.—Construcción dogmática.

V.—Montes en mano común de vecinos en Galicia.

VI.—Montes parroquiales.

Provisionalmente podemos caracterizarlos como aquellos montes en los que, siendo el aprovechamiento vecinal, la titularidad dominical no corresponde al Municipio, sino a los propios vecinos, en cuanto particulares.

Se trata, pues, de bienes comunales atípicos, cuyo estudio sistemático debiera haber correspondido en el capítulo anterior; pero por tratarse de la variedad más importante y autónoma y la que precisa un desarrollo más extenso hemos preferido dedicarles un capítulo aparte.

Aun a riesgo de incurrir en repeticiones, vamos a seguir en la exposición un riguroso plan cíclico, de tal manera que sólo llegaremos al corazón del problema después de un largo periplo circular, en cuyas sucesivas fases iremos examinando los mismos temas desde perspectivas diferentes. El gran peligro de este método son las reiteraciones —por lo demás, sólo aparentes—; pero, dado el confusionismo y falta de sistemática en que hoy se encuentra el tratamiento científico del tema, creemos útil correr este riesgo, a cambio de una mayor seguridad en el análisis.

El primer intento aproximativo va a consistir en una descripción fenomenológica de los distintos tipos de montes vecinales que encontramos en la realidad, clasificados desde el punto de vista de su origen: tipología genética. En esta fase vamos a limitarnos a describir una serie de variedades de montes vecinales, explicando su origen y las causas de su aparición.

En el epígrafe siguiente vamos a contrastar esta tipología a la luz de la jurisprudencia, es decir, vamos a ir comproban-

do cómo los tipos genéticos ya analizados —montes comunes de origen comunal, montes vecinales de origen foral y montes surgidos por prescripción vecinal— han sido recogidos y descritos por la jurisprudencia, tanto por la del Tribunal Supremo como por la de los tribunales gallegos.

A continuación, y después de una sumaria referencia a las normas legales reguladoras (epígrafe tercero), se intenta en el epígrafe cuarto una construcción dogmática. Ahora bien, en esta fase ya no podremos manejar la indicada tipología genética (formada por la simple observación fenomenológica de los procesos de formación) sino que habremos de atenernos a un nuevo criterio, que ha de ser, como es obvio, puramente jurídico. Conforme a este criterio jurídico, señalaremos una *suma divisio,* que clasifica todos los montes vecinales en dos grandes grupos: comunidades de tipo romano y comunidades de tipo germánico. Puesto que las primeras se remiten en bloque al Código Civil, es claro que el objeto de nuestro estudio recaerá fundamentalmente en estas últimas.

Dando un paso más en la investigación, aislaremos dentro del grupo de las comunidades germánicas una variedad tan peculiar que habrá de merecer un tratamiento separado en el epígrafe siguiente: los montes en mano común de los vecinos de Galicia. Respecto a ellos, una vez descrito el tipo, analizaremos sus caracteres jurídicos, para examinar luego la razón de su existencia (que tanto suele llamar la atención de los autores) y terminar precisando su régimen legal vigente, que consagra —quizá paradójicamente— una intervención administrativa tan fuerte, que casi supone una absorción de este grupo dentro de los bienes comunales típicos (dicho con otras palabras: la moderna legislación ha sometido estos montes —de naturaleza tradicionalmente privada— a un régimen descaradamente público).

Por último, en el epígrafe sexto se estudian lo que denominamos montes parroquiales. La colocación sistemática del tema no debe inducir a error: los montes parroquiales no

son montes vecinales. Su naturaleza es pública. Son bienes comunales atípicos cuya especialidad consiste en que los beneficiarios no son todos los vecinos sino solamente un grupo de ellos seleccionados topográficamente: los componentes de un barrio o parroquia. La razón de su colocación sistemática dentro de este capítulo se debe a que representan un punto de unión entre las formas comunales públicas y las privadas. Normativamente presentan grandes analogías con los montes vecinales; de aquí que se estudien a continuación. Ello nos servirá —por analogía y por contraste— para fijar definitivamente los caracteres de unos y de otros.

I.—TIPOLOGIA GENETICA.

Utilizando ahora un criterio genético de clasificación, si observamos los distintos casos de montes vecinales que nos son conocidos en España, podremos ditinguir una serie de variedades de origen muy diferente:

A) *Montes comunes de origen comunal.*

El origen de esta variedad de bienes comunales —así denominada gráficamente por Cirilo MARTÍN-RETORTILLO— es bien reciente. Proceden de la época desamortizadora, en la que surgieron como un artificio jurídico para evitar una catástrofe económica en determinados pueblos.

Como es sabido, no obstante que la legislación desamortizadora excluía expresamente de sus efectos a los bienes de aprovechamiento comunal, es un hecho que buena parte de los mismos fueron enajenados. La razón fue con frecuencia la incuria de los propios Ayuntamientos que no se preocuparon de hacer valer sus derechos (y deberes) respecto de la propiedad comunal, solicitando la excepción de su venta; en ocasio-

nes no se trataba ya de negligencia, sino de dolo provocado por la codicia, que suscitaba oscuras combinaciones entre la corporación y algunos negociantes (incluso personas interpuestas de las mismas autoridades) interesados en la compra de los bienes, aún a costa de despojar a los vecinos; sin que faltasen, por último, casos en los que se consideraban como propios, y por tanto enajenables, aun siendo aprovechados comunalmente, en razón a que suponían una fuente de ingresos para el Municipio.

Sea como fuere, el resultado es que los vecinos, alarmados ante la inminencia de la enajenación, que suponía para ellos, sino siempre la ruina, al menos una perjudicial transformación de su sistema económico, acudían al arbitrio de adquirir ellos mismos los bienes, con objeto de poder continuar los aprovechamientos de la misma forma con que tradicionalmente venía haciéndose. Para su mentalidad, se trataba de un simple, aunque costoso, trámite administrativo y notarial, que para nada cambiaba la situación existente.

El mecanismo, tal como lo describe Cirilo MARTÍN-RETORTILLO (1), venía a ser poco más o menos, el siguiente: una vez anunciada la subasta, "previo acuerdo del vecindario, acude al remate de estas fincas uno de los vecinos, generalmente el más caracterizado económicamente, y a su favor se otorga la escritura de remate, es quien firma los pagarés en favor del tesoro y formaliza la hipoteca correspondiente. Dos días después, ese rematante otorga escritura pública, asociando al resto de los vecinos a la propiedad de ese predio que fue

(1) En una monografía especialmente dedicada al tema, que se titula gráficamente "Comunidad de bienes de origen comunal", en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 398-399, pág. 17 de la separata (1961). Otras referencias pueden encontrarse en ALTAMIRA, *Derecho consuetudinario y economía popular de la Provincia de Alicante*, 1905, pág. 35, cit. por GARRIDO FALLA, en *Sobre los bienes comunales...*, cit., pág. 683. También aluden a este derecho, además de FLORES DE QUIÑONES (véase más adelante), FAIRÉN GUILLÉN, *La alera foral*, 1951, pág. 60, quien advierte que en el caso concreto de Tauste, "no obtuvieron el resultado apetecido".

del Municipio, que le fue otorgado en la subasta correspondiente".

De momento —sigue diciendo este autor (pág. 21)— las situaciones logradas mediante este sistema, ofrecieron indiscutibles ventajas. Viva en el ánimo de todos la idea de solidaridad vecinal, se mantuvieron las prácticas que de antiguo regían en orden a la explotación de estos predios. De esta forma se aseguró el que esos vecindarios continuasen el cultivo y explotación de esas tierras, logrando los rendimientos que iban a completar su mermado patrimonio. Al haberse evitado la adjudicación de tierras a un tercero, se evitó también la necesidad de obtener contratos de arrendamientos para seguir en el cultivo de las mismas. Y si bien es verdad que por otro lado aparecieron ya desde el principio algunos inconvenientes, como por ejemplo la contribución, ésta no era entonces demasiado grave y se compensaba, en parte, con la independencia que se había conseguido de la intervención administrativa.

Los inconvenientes graves se iniciaron, no obstante, años después, cuando las sucesivas generaciones perdieron los vínculos de la solidaridad primitiva y se pretendió deshacer tales comunidades, que evidentemente son indivisibles desde el punto de vista económico. Pero, encajándose fatalmente, dado el estrecho dogmatismo de la época, en la comunidad romana del Código civil, la *actio communi dividundo* era, en principio, siempre posible. Así empezaron a constituir estas comunidades un semillero de pleitos.

Añádase a ésto las deficiencias de titularidad, que a medida que pasaba el tiempo iban agravándose. Porque, si bien es cierto que originariamente y casi sin excepción se consignaban estas curiosas asociaciones en escritura pública (2), la conciencia comunal de los copropietarios hacia que de ordinario se olvidasen de hacer constar en sus particiones he-

(2) CIRILO MARTÍN-RETORTILLO transcribe, incluso, en su trabajo citado algunos ejemplos de ellas.

reditarias esta parte del caudal, lo que producía una enorme confusión al cabo de dos generaciones (3).

Confusión que tendía a hacer olvidar este origen privado concreto de la copropiedad, que se deslizaba inexorablemente hacia una nueva forma administrativa, identificándose poco a poco con los demás bienes comunales que no habían sido enajenados. Esta tendencia era muy explicable, porque el régimen de aprovechamientos era idéntico en unos y en otros y, además, siempre que era posible se procuraba ocultar esta condición privada de la propiedad, al objeto de evitar la subida de las contribuciones, y en buena parte también por inercia. Todo lo cual no es suficiente, bien es verdad, para justificar este cambio clandestino de titularidad, contra el que

(3) FLORES DE QUIÑONES dio en 1933 noticia de esta figura, que conocía muy bien, tanto por su vocación de investigador como por su profesión de notario. Para él, con el transcurso de las generaciones, las consecuencias son siempre las mismas: "... Reunidos en Concejo, acordaron comprar los bienes de que se les desposeía, y, para evitar un nuevo despojo, realizaron la adquisición individualmente, pasando aquellos bienes comunes a constituir un condominio de imposible administración en la práctica, al transcurrir algunos años. En efecto, hoy es materialmente imposible averiguar la participación que a cada interesado corresponde en la titularidad. Por virtud de las transmisiones hereditarias sin testamento ni declaraciones de heredero, no puede saberse con certeza cuál es la cuota ideal de cada partícipe; pero aquellos grupos han resuelto la cuestión del mismo modo que han resuelto en la historia todas las antinomias de la ley con sus costumbres: obedeciendo aquélla, pero incumpliéndola al mismo tiempo y utilizando su derecho consuetudinario. En el Registro de la Propiedad y en los títulos fehacientes aparecen como dueños los compradores. Pero en la realidad es el Concejo, la totalidad de los vecinos, hombres y mujeres, el que regula los aprovechamientos". ("Comunidad o servidumbre de pastos", en *Revista de Derecho Privado*, 1933, pág. 168). Cfr. también las palabras de ISABAL, cronológicamente anterior a todos los citados: "Después de la desamortización, ha sido frecuente que los bienes de propios puestos en venta por la Hacienda Pública se adquieran por los vecinos como particulares para evitar que se consideren nuevamente como de propios y otra vez se vendieran. Ordinariamente se compra el monte por una o varias personas que toman sobre sí esa comisión y luego ceden su propiedad a mayor o menor número de vecinos, reconociendo a todo el vecindario derechos a ciertos aprovechamientos. Da esto lugar a grandes dificultades por los abusos en los aprovechamientos, y aun sin ellos, porque siendo los particulares, como tales, *uti singuli*, los dueños, todo cambio de la parte de propiedad de cualquiera de ellos exige, al cabo de algunos años, grandes confusiones" (voz "Pastos", en *Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XXIV, pág. 467).

se elevaron protestas por los autores (4) y que a veces fue preciso contener acudiendo a los Tribunales (5).

El fenómeno se repite con frecuencia —observa Cirilo MARTÍN-RETORTILLO (6)— unas veces es el celo indiscutible de los Ingenieros de Montes, que con el Catálogo a la vista pretenden reivindicar la pertenencia de montes para el Estado o las Corporaciones, o son éstas las que, conjugando con cierta libertad los preceptos de la Ley de Régimen Local en orden a las obligaciones de los Ayuntamientos para reivindicar en favor del patrimonio municipal dichos predios, o, como acontece en nuestros días, las Hermandades u organismos sindicales, que a la vista de esa titularidad difusa en favor de los vecindarios, pretenden incorporar, a fines de colonización o de aprovechamiento colectivo, bienes que pertenecen a tales vecinos con carácter privado y particular.

B) *Montes comunes de origen foral.*

Esta variedad es particularmente frecuente en Galicia, tierra clásica del foro, y su determinación jurídica es particularmente difícil, ya que es normal allí la falta de una titulación eficiente de la propiedad rústica y, en especial, de los

---

(4) GARCÍA RAMOS, *Arqueología jurídico-consuetudinaria-económica de la región gallega*, 1912, pág. 41, escribía: "Doloroso es consignar, en relación a estas costumbres, que originan las propiedades comunales de los pueblos del Partido de Becerrea, cuyo dominio, administración, régimen y regulación *corresponde única y privativamente a la reunión de vecinos*, que se desnaturalice por la intrusión frecuente y sucesiva... de las autoridades administrativas que ordenan, deciden y resuelven, como si se tratare de algo que estuviere dentro de sus funciones".

(5) ISABAL (en la voz "Pastos", citada) notaba, por el contrario, que "la Administración suele prudentemente *ignorar* este estado de cosas". Por cierto, que a este autor se debe también la previsión más certera del final que iba a tener este problema algún día, pues concluye: "Si toman cuerpo definitivamente en la legislación las tendencias ya iniciadas, y de día en día acentuadas de unos años a esta parte, acerca de la propiedad comunal, se evitarán los subterfugios y dificultades a que acabamos de aludir". Ya veremos más adelante qué juicio merecerá esta intervención legislativa.

(6) *Comunidad de bienes...*, cit., págs. 23 y 24.

montes, gran parte de los cuales no son aprovechados con fines maderables, sino solamente para la producción de esquilmos y el pastoreo errante, sin guardas ni pastores, de toda clase de ganados y de manera especial del bovino y en ciertas zonas del caballar (7). En cualquier caso, es un hecho cierto que ninguno de estos montes ha tenido nunca la consideración de público: ni estatal ni municipal, de propios o comunal. Y cuando, especialmente en los últimos tiempos, se ha producido una marcada ingerencia administrativa, la reacción de los vecinos ha solido ser enérgica en defensa de su propiedad particular y exclusiva.

Ordinariamente se atribuye a estos montes un origen foral. Lo cual explicaría lo impreciso de su situación actual. Como es sabido, gran parte del territorio gallego estuvo en un tiempo sujeto a foro. De cuyo régimen interesa destacar dos elementos que habían de tener las más graves consecuencias: 1) En los contratos de foro suelen señalarse, una a una, las parcelas cultivadas o entregadas para cultivo y, a continuación, consignar un apartado para los montes, que no individualizan entre los foratarios, sino que se les entregan genéricamente para su aprovechamiento común (8). 2) El

---

(7) Cfr. M. Otero Peón, *Informe sobre la propiedad privada de los montes*, 1957 (edición de la Cámara Oficial Sindical Agraria de la Provincia de La Coruña. Comisión coordinadora de los problemas de los montes), al que seguimos en lo fundamental. Quede a un lado la cuestión de si este sistema de aprovechamiento es consecuencia de la peculiar estructura agraria gallega (planteamiento tradicional), o si, por el contrario, es él el que ha producido la peculiaridad regional.

(8) Así sucede con los que Jove ha denominado *foros generales*, que comprendían grandes extensiones de terreno, "valles llenos de maleza, bosques donde jamás había entrado el hacha, montes cubiertos de peñascos y de brezo, todo unido en una sola concesión, en la cual lo difícil del deslinde hizo que se inventase la fórmula de aforar *a monte y a fonte*, o aquella otra que figura en tantas escrituras, en las cuales el foratario adquiere el dominio útil del terreno que se deslinda *desde la hoja del árbol hasta la piedra del río*... Estos foros se constituían, a veces, no a nombre de una persona, sino de un pueblo, cuyos vecinos repartían en lotes los bienes forales, y la pensión se pagaba completa, porque para el señor directo se consideraba indivisible el foral. Estos grandes foros tuvieron, desde luego, un grave inconveniente: la vaguedad del deslinde, las sucesivas divisiones que hizo necesarias el aumento de población, las frecuentes transmisiones del dominio útil..." (*Los foros*, 1883, pág. 34).

principio de la solidaridad de cada parte frente a la otra, hace que, no obstante el fraccionamiento de los predios entre los foratarios, *ad extra* aparezcan unidos en una comunidad: comunidad de índole jurídico-privada que agrupa a todos los vecinos de un mismo lugar o de un grupo de lugares, a veces el territorio de una parroquia, a veces de parte de ella, y que nada tiene que ver con la comunidad administrativa y eclesiástica que existe entre los vecinos de un Ayuntamiento o una parroquia, o una aldea, aunque coincida con ella en cuanto son las mismas personas que la integran (9).

Debido precisamente a esta indeterminación personal y real que pesaba sobre los montes aforados, en el momento de la redención de los mismos —y más aún, tratándose de una redención forzosa— quedó sin determinar quienes eran los titulares dominicales del monte redimido que, en todo caso, siguió siendo disfrutado comunitariamente por los mismos vecinos foratarios.

Esto sentado, era lógico que los vecinos foratarios hubieran adquirido la propiedad civil del monte (si bien en comunidad), lo mismo que anteriormente habían gozado civilmente de su dominio útil a título de foro. Sin embargo, incidieron sobre su régimen una serie de factores que, aprovechándose de la ya explicada indeterminación, pretenden transformar en administrativa la naturaleza civil de estos derechos. El objetivo final de esta tendencia es la sumisión de los montes al régimen y a la intervención administrativa. Pero importa observar que no se trata aquí de un capricho arbitrario —ya que la intervención administrativa puede legitimarse, sin más, con medidas policiales (que precisamente en materia forestal pueden ser particularmente intensas)—, sino que se

---

(9) Es así que sea muy frecuente —sigue precisando OTERO PEÓN— encontrar en muchos foros la expresión "da en el foro a X, Y, Z (y cite tres o cuatro nombres) y más vecinos del lugar tal". Pero con tal expresión no se quiere decir que se transmita nada a aquel que adquiere vecindad administrativa en aquella aldea, sino sólo a los que de alguna manera sean o adquieran titularidad del dominio útil sobre las fincas que constituyen aquella explotación agrícola dada en foro que se denomina "lugar".

explica y es congruente con la situación política y jurídica en nuestro país en la primera mitad del presente siglo. Por lo pronto, es la propia doctrina civil la que empieza a desnaturalizar los foros, aproximándoles al censo enfitéutico romano, en el que no existe el importantísimo vínculo de solidaridad ya aludido, dejando así al descubierto los derechos de los foratarios que no aparecen en el contrato. Añádase a esto una marcada inclinación a confundir las obligaciones de foro con parecidas situaciones derivadas de instituciones públicas de origen feudal; inclinación que, primero puramente científica, adoptó luego un color político y hasta demagógico, de maniobra electoral, como promesa de redención de una abusiva carga señorial. En todo caso, el resultado de esta politización contribuyó no poco a subrayar el carácter público de la relación de vecindad, haciendo pasar a primer plano al Municipio, que vino a suplantar en cierta manera al originario contrato privado.

El deseo de los vecinos descendientes (mejor que causahabientes) de los antiguos foratarios de procurarse una titulación eficaz ha provocado curiosos procedimientos, cuyas complicadas incidencias prueban hasta qué punto pueden ser imperfectas las fórmulas jurídicas ideadas para proteger los intereses dimanantes de reconocidas instituciones sociales. Un ejemplo de este tipo aparece en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de La Coruña, de fecha 26.7.1961: 1) El monte denominado Cordal de Loba, sito en el término municipal de Monfero (Lugo), pertenecía desde la Edad Media a los Monjes Bernardos de Monfero. 2) En el siglo XVI fue cedido en foro por los monjes a los vecinos de Monfero. 3) En 1872 fue desamortizado su dominio útil a favor de la Condesa de Vigo. 4) En los años inmediatamente posteriores redimieron los foratarios de los adquirientes el dominio directo, consolidando la plena propiedad en su favor. 5) Bien adentrado el siglo XX fue discutida por el Patrimonio Forestal del Estado la propiedad del monte, y como los vecinos de la Parroquia, causahabientes de los antiguos foratarios, no se habían preocupado de hacer constar en sus particiones

hereditarias la sucesión en el dominio, y ni siquiera podían probar —dado su número y al gran tiempo transcurrido— que eran sus descendentes, se encontraron sin ningún título acreditativo de propiedad. 6) En estas circunstancias, en 1955 acudieron al más que dudoso medio de constituir en escritura pública una comunidad de dominio a favor de los ochenta y un vecinos existentes, que se enumeraba individualmente. Escritura que, por medios que no es difícil imaginar, logró acceso al Registro, pero que no fue reconocida por el Patrimonio Forestal del Estado. 7) En 1959, y al amparo de esta escritura e inscripción, demandan los comuneros a la Administración del Estado, solicitando el reconocimiento de su propiedad, y el Juzgado —aunque por razones más fundamentadas— se la reconoce y declara. Logrando así de esta manera verse afirmados los vecinos en sus derechos.

C) *Montes adquiridos por usucapión a favor de una comunidad de vecinos.*

La tercera variedad es la que resulta de una usucapión consumada en beneficio de una comunidad de vecinos. Este tipo es estadísticamente el más numeroso, al menos el que con más frecuencia reconocen —y declaran— los Tribunales ordinarios, ya que la posesión continuada es el medio legal de cobertura de los abundantes casos en que los vecinos no pueden presentar título alguno pero es indubitable el hecho de su posesión a título de dueños.

A diferencia de las servidumbres (cuya adquisición por prescripción iniciada con posterioridad a su entrada en vigor excluye expresamente el artículo 539 del Código civil), el dominio de los montes, e incluso de los montes públicos, puede ser adquirido por prescripción. Así lo admitieron ya las RR. OO. de 4 de abril de 1883, 14 de enero de 1893 y 20 de febrero de 1930, siempre que la posesión fuera superior a treinta años, no contradicha y realizada a ciencia y paciencia de las entidades propietarias de los pueblos; como asimismo

el R. D. de 17 de noviembre de 1925, que dictó instrucciones para adaptación del régimen de los montes de los pueblos al Estatuto municipal y sus reglamentos, declarando como prueba bastante de pertenencia particular, además de los títulos auténticos de dominio inscritos en el correspondiente Registro de la Propiedad, la posesión no interrumpida por más de treinta años y debidamente acreditada. Y por último, en igual sentido, el artículo 64 RM, del que nos ocupamos con más detalle en otro lugar.

Ejemplos de esta prescripción encontramos en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia de La Coruña 12.2.1954 (*Foro Gallego* núm. 95, abril-diciembre, 1954), y 17.3.1959 (*Foro Gallego,* núm. 112, marzo-abril, 1959) y del Tribunal Supremo de 5.6.1918, 28 de diciembre de 1957 y 30 de septiembre de 1958.

II. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL. SU DOCTRINA

Ya se ha indicado que los tipos descritos no son meras construcciones abstractas, sino que expresan situaciones reales muy concretas, que han sido, además, reconocidas repetidamente por la jurisprudencia. Veamos ésto con mayor detalle.

A) *Montes comunes de origen comunal.*

Así es, por ejemplo, el caso resuelto por la sentencia de 5.3.1926:

Por escritura pública de 1870 fue constituida comunidad de ochenta partícipes haciéndose constar que los otorgantes se obligaban "por sí, hijos, herederos y sucesores a no enajenar la parte correspondiente a cada uno, ni el todo, te-

niendo derecho, si muriesen sin hijos o cambiasen de vecindad, a percibir en dinero el importe de la acción o a reintegrarse de lo que hubiesen gastado, quedando en ambos casos la acción o acciones en beneficio de los demás copartícipes". Ejercitada en 1921 por uno de los copropietarios la *actio de communi dividundo,* fue desestimada por el Tribunal Supremo, con unos razonamientos no del todo claros, pero que nos sirven, junto con los resultandos, para comprobar la ratificación jurisprudencial del tipo especial de bien comunal descrito en el epígrafe anterior:

> "Considerando que el pacto de la escritura de 1870 ... no deja lugar a duda que era fundamental en esta comunidad que el aprovechamiento de los dos montes se hiciera en común y exclusivamente por los mismos partícipes, y los derechos que de este pacto se derivan para todos y cada uno de los que le estipularon y sus sucesores, uno de ellos el actor M. N., quedaron por el contrato fundamentalmente subordinados a cuanto para el aprovechamiento comunal determinase la Junta directiva, de renovación bienal, sin que mediante enajenaciones parciales se pudiera destruir este régimen comunal, y es evidente que la acción "communi dividundo" que se ejercita en la demanda, destruiría el pacto de constitución de la comunidad, y como se invoca el artículo 400 del Código Civil, que declara válido el pacto de conservar la cosa indivisa, por tiempo determinado que no exceda de diez años y podrá prorrogarse por nueva convención, cual limitación de tiempo contraria a lo establecido en la escritura de 1870 en orden a la subsistencia perpetua del comunal aprovechamiento de los montes, era preciso que el actor hubiera promovido reclamación encaminada a vencer la voluntad opuesta de los restantes comuneros, que como vivían al amparo de aquel pacto, nacido bajo la legislación anterior, que no limitaba el tiempo durante el que los partícipes venían obligados a permanecer en la comunidad, podían, conforme a dicho artículo 400 del Código Civil, haber prorrogado por nueva convención el plazo de vigencia de aquel pacto, y siendo la pretendida división a que está circunscrita la acción en la demanda, contraria a la existencia del vigente pacto de origen, no pudo ni debió el Tribunal de instancia acoger la petición del recurrente".

La Dirección General de los Registros, por su parte, también ha estudiado un caso similar en una resolución bien

reciente, de fecha 8.3.1950, en la que insistiendo en la distinción entre comunidades de tipo romano y de tipo germánico, que ya había desarrollado en otra de 8 de julio de 1933, marca con toda claridad la diferencia que media entre los comunales administrativos, cuya gestión corresponde a las Juntas administrativas, y las comunidades privadas de tipo romano, entre las que encaja a las que ahora venimos tratando. La doctrina de esta Resolución puede resumirse así:

Las Juntas vecinales asumen la representación de las entidades locales menores, cuando se trata de la administración, gobierno y conservación de su patrimonio y de los intereses o derechos peculiares y colectivos de los pueblos o privativos de las mismas, con plena capacidad jurídica, si el interés es general, puesto que normalmente los intereses individuales corresponden al ámbito del derecho civil.

Entre los bienes que integran el patrimonio municipal se encuentran los bienes comunales, de remoto origen e incierta naturaleza, que tienen como característica esencial la de que, de modo general y simultáneo, su disfrute y aprovechamiento corresponden exclusivamente a los vecinos del pueblo al que pertenezca el dominio, conforme a las bases 15 y 19 de la Ley de 17 de julio de 1945, por lo que es necesario inquirir si la finca adquirida en 1877 por determinados vecinos del pueblo de Muñecas debe comprenderse entre los bienes comunales o pertenece al dominio particular de los adquirentes.

Dados los términos en que está redactada la escritura de compraventa, se desprende: que el vendedor transmitió la finca no al pueblo, sino a una sociedad formada por la mayor parte de los vecinos del mismo pueblo, que hubieran entregado determinada cuota del precio estipulado, quienes disfrutarían y aprovecharían los pastos y leñas y se beneficiarían del reparto de la teja fabricada con exclusión de los restantes vecinos: en ninguna de sus cláusulas existe referencia a la Junta administrativa y, por el contrario, los compradores se reservaron la facultad de designar la Junta que había de dirigir los negocios de dicha sociedad, despro-

vista de la más rudimentaria regulación, y por otra parte el precio fue satisfecho por la sociedad y los individuos que la componen, sin individualizar su respectiva aportación, circunstancias todas que impiden atribuir el carácter de comunal a dichos terrenos.

Que en el Registro aparece la finca inscrita a favor de D. S. y cinco personas más, cuya titularidad constituye una comunidad de tipo romano, y como además sería inadmisible reputar que forman parte del patrimonio de una persona jurídica, porque la sociedad —a la que se refiere la escritura con evidente imprecisión— carece de personalidad jurídica, conforme al art. 1.669 del Código civil, ya que ha de regirse por las disposiciones del mismo cuerpo legal relativas a la comunidad de bienes, lo cual, si no priva a los condóminos de la personalidad que individualmente les corresponda, impide que la Junta vecinal, organismo representativo, pueda representarlos.

Las conclusiones a que llegan, pues, tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General no pueden ser más claras: *en estos supuestos nos encontramos ante una comunidad ordinaria de las reguladas en el Código civil: el dominio (y en él comprendidas las facultades de uso y disfrute) corresponde a una pluralidad de sujetos, cuyos derechos se ordenan en forma de cuotas. Se trata, pues, de un puro condominio o copropiedad de tipo romano, en el que la inalienabilidad surge circunstancialmente como un libre pacto de los copropietarios.*

B) *Montes comunes de origen foral.*

Un ejemplo de su tipificación real encontramos en la sentencia de 22.12.1926:

> Establecidos como hechos probados por el Tribunal *a quo* que los demandantes, lo mismo que sus antepasados, vienen poseyendo como vecinos del lugar desde tiempo inmemorial y, por consiguiente, desde hace más de treinta años, el monte de

autos en concepto de dueños pro indiviso, aprovechándolo en común para la extracción de esquilmos, pastoreo, esparcimiento de ganados, secadero de ropas y otros usos domésticos, sin pagar renta ni otra merced a los propios del Municipio, por ser pertenecientes al Foral de Santa Clara, de Santiago, redimido al Estado por los vecinos de dicho lugar de Sinde, vecindario que promovió asimismo un expediente de información testifical para suplir la falta de la escritura de constitución del foro arriba mencionado, preciso es reconocer que el monte en cuestión era en un principio del dominio particular o privado de la Comunidad de Santa Clara, en concepto de aforante, consolidándose posteriormente el dominio pleno del mismo en los foreros vecinos del lugar en méritos de la redención del gravamen, que obtuvieron del Estado después de haberse éste incautado de la pensión foral en virtud de las leyes desamortizadoras.

El Tribunal tiene conciencia del problema que esta situación presenta y le plantea con la mayor pulcritud:

... la clave del problema planteado consiste en discernir si en los hechos que se estiman probados en la sentencia recurrida se integran o no las características jurídicas del dominio privado, particular y pro indiviso, respecto del inmueble objeto de esta contienda judicial, y las de una colectividad o entidad puramente civil y privada respecto de sus condóminos, los demandantes.

En este punto su actitud no puede ser más rotunda:

El hecho incontrovertible de indivisión del monte de autos creó desde su principio relaciones jurídicas privadas de continuidad entre sus condóminos, derivándose lógicamente de los hechos probados que esta entidad colectiva es de índole civil y privada, y no pública ni administrativa, ya que la redención del gravamen foral se llevó a cabo solamente por dos vecinos del lugar de Sinde, y no por autoridad ni corporación municipal, aconteciendo lo mismo con el expediente de información testifical para suplir la falta de escritura de constitución del foro arriba nombrado.

Un obstáculo parece alzarse, sin embargo, contra esta solución: ¿cómo compaginar la naturaleza privada con la evidente vinculación del derecho a los aprovechamientos con la calidad de vecino? El Tribunal no ve aquí ninguna dificultad insuperable:

La circunstancia de hallarse inseparablemente unidas las cualidades de copropietarios del monte de autos y la de vecinos del lugar de Sinde en los demandantes no responde, según los hechos probados revelan, a relaciones de carácter público, administrativo y municipal, sino de orden puramente civil y privado, derivadas tan sólo del nexo jurídico consiguiente al hecho de la convivencia colectiva en el disfrute pro indiviso del monte en cuestión; por tanto, de la concurrencia de dichas dos cualidades en los citados demandantes no puede deducirse ni que la entidad colectiva cogozante del monte litigioso sea de carácter público administrativo y municipal, ni que el repetido inmueble forme parte del patrimonio público de los vecinos de Sinde.

C) *Montes adquiridos por usucapión a favor de una comunidad de vecinos.*

El Tribunal Supremo reconoce, y declara, su existencia en la sentencia de 5.6.1918:

La demanda inicial de este pleito solicitó se declarase que los montes de C. H. son de la propiedad indivisa de los actores, así como de los restantes vecinos del lugar ... y que se condene al Estado a que lo reconozca y acate, teniendo por indebida, improcedente y nula la inclusión de tales montes en el Catálogo de los de utilidad pública, del cual han de considerarse excluídos una vez hecha apreciación debida del conjunto de las pruebas aportadas, de los documentos públicos unidos a la demanda, cuya autenticidad ha sido reconocida, y del reconocimiento judicial practicado, y habiendo en cuenta, además, que los actores justificaron cumplidamente haber ganado el dominio por la prescripción extraordinaria de más de treinta años, conforme a lo establecido en el artículo 1.959 del Código Civil, estima el Tribunal fundada en todos sus extremos la demanda, y consigna en el fallo declaraciones literalmente iguales y en los mismos términos que contiene la súplica de aquélla.

Y entre la jurisprudencia moderna, la sentencia de 28.12.1957:

... tratándose de juicio de propiedad en que la posesión administrativa de los montes conforme al mismo artículo 1.º del R. D. de 1.2.1901, como a su artículo 15 y a los artículos 22 del

R. D. de 17.10.1925 y 70 del Reglamento de 27.7.1943 cede ante la justificación de la propiedad de los particulares, y como demuestran los últimos preceptos citados, incluso ante la posesión de más de treinta años, debidamente acreditada .

Sujetos activos de la usucapión pueden ser tanto personas físicas como una colectividad. Este es nuestro caso: quien prescribe son "los vecinos de San Isidro de Montes", quienes —precisando más— "viven poseyendo dichos montes en el doble carácter de personas individuales, cabezas de casa abierta en la referida parroquia y en el de vecinos de la misma". La importante consecuencia de esta tesis es que "se trata de una propiedad que no pertenece al Municipio, sino a los vecinos reclamantes como núcleo social y no como colectividad administrativa", es decir, que "no cabe equiparar esa comunidad a la definida en el artículo 187 de la Ley de Régimen Local". Y la mejor prueba de ello es que la posesión se ha realizado siempre "sin ingerencia administrativa ni del Ayuntamiento ni del Estado hasta reciente fecha".

Otro elemento que debe subrayarse de esta sentencia es la precisa distinción que hace entre comunidad de dominio y comunidad de utilización:

> La comunidad existe no sólo cuando la propiedad pertenece pro indiviso a varios, sino cuando los aprovechamientos que de ella se derivan se hallan distribuidos en tal forma que haya entre los participantes algo común, en términos que deben reputarse copropietarios de los aprovechamientos del monte.

En el caso de autos se declara en favor de los vecinos ambas comunidades, pero la distinción es importante porque la "comunidad sobre la propiedad" sufre la grave restricción de la declaración de inalienabilidad e indivisibilidad, que se integran, de ordinario, en el haz de facultades dominicales. La explicación es que nos encontramos ante una comunidad de tipo germánico (solución, como vemos, contraria a la propuesta para el apartado A).

Similar doctrina reitera la sentencia de 30 de septiembre de 1958:

Que la sentencia impugnada en casación afirma inequívocamente, por terminantes declaraciones de hecho que la finca ... viene siendo poseída, en concepto de dueña desde tiempo inmemorial, y desde luego, por un período superior a treinta años, por una colectividad o comunidad de vecinos, hoy constituidos por el reclamante y consortes; que no se trata de un bien municipal. "No se ha demostrado la condición de bien municipal de la finca de que se trata, antes bien, esa cuestión pugna abiertamente con el hecho de que, lo mismo el recurrente de hoy, que sus causantes a través del tiempo, no sólo actuaron atribuyéndose un dominio exclusivo y excluyente, y no un difuso derecho de aprovechamiento sobre un bien ajeno, sino que pusieron en juego, como base de su oposición a la demanda, su titularidad registral *nomine propio*". La Sala no afirma que la comunidad, a que el demandante alude, constituya un ente con personalidad jurídica con abstracción de sus personales componentes, sino que, en realidad, define una situación jurídica de *propiedad en mano común*, perfectamente definida en otras legislaciones, y que un sector considerable de la doctrina española y algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros, han aceptado, precisamente con referencia a las llamadas comunidades de utilización, tal como aparece delineada en el caso discutido, por lo cual, los titulares sucesivos del derecho pueden, pese a las mutaciones personales, que el transcurso del tiempo determine, ganar por prescripción el dominio de la cosa poseída en interés común, con la posibilidad, aneja a esa declaración, de vindicar la cosa frente a los que, sin título alguno eficaz, se apropian ilícitamente de ella o perturban la posesión en que se hallan los poseedores legítimos.

La Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Provincial de La Coruña, que alcanzó un gran prestigio por la corrección y el nivel jurídico de sus resoluciones, ha tenido ocasión reiterada de ocuparse de este tipo de montes, dictando una jurisprudencia que, aunque como es obvio, carece del valor de la del Tribunal Supremo, merece tenerse en cuenta por su significación doctrinal.

En la sentencia de 17.2.1954 *(Foro Gallego,* núm. 95, septiembre, 1954) se desarrollan con toda precisión los elementos que ya hemos visto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

Alegan los actores ser dueños del monte ... y que se halla su título en la posesión inmemorial de su aprovechamiento como vecinos de la parroquia de Santiago de Aldosende, en cuyo monte pastorean, retiran esquilmos y combustible para sus hogares ... Es indudable, por ser un hecho constantemente repetido de imposible ocultación, que los actores, como vecinos de la mencionada aldea, han ganado el uso o ejercicio de tal aprovechamiento y les asiste el derecho incuestionable a seguir ejercitándolo con exclusión de todo otro que reúna la calidad de vecino, tomando este vocablo, no en sentido administrativo sino en la acepción usual de moradores en sitio "con humos" o casa abierta; pero este indiscutible derecho no ha sido individualmente ganado, sino colectivamente adquirido, perteneciendo el dominio del monte en cuestión a la comunidad constituida por el indicado núcleo de población, o sea que el monte está adscrito al fin exclusivo que cumple: proporcionar al referido poblado los elementos en el medio rural necesarios para cultivar la tierra y sostenimiento de animales; montes que deben reputarse inalienables ... puesto que las comunidades de este género son creaciones especiales semejantes a las de tipo germano, con las peculiaridades impuestas por las condiciones del sitio y las costumbres que en él se guardan.

Intentemos resumir ahora la caracterización jurisprudencial de estos bienes:

a) La prescripción ha sido realizada por una colectividad de vecinos.

b) La propiedad pertenece al común de vecinos, en cuanto grupo social. Lo cual significa, por un lado, que no lo es de los vecinos individualmente (y por tanto se niega la repartición o dominio individualizado) y, por otro, que no lo es del Municipio como persona jurídica (y por tanto se niega la condición de bien municipal y, en consecuencia, toda intervención administrativa de carácter dominical).

c) Se trata de un dominio de carácter civil.

d) Los distintos derechos de los vecinos se articulan en una comunidad de tipo germánico.

e) Comunidad que incide sobre el dominio, imponién-

dole algunas modificaciones en relación con el dominio-tipo del Código civil, a saber, la inalienabilidad y la indivisibilidad.

III. REGULACION LEGAL.

Ante esta rica variedad tipológica, el legislador, menos sensible que los Tribunales, ha tardado mucho en admitir su existencia, aferrándose al concepto tradicional de bienes comunales que hemos denominado típico.

Cierto es que hasta mediados del siglo pasado, se actuó de una manera bastante respetuosa con los montes pertenecientes a comunidades particulares, entre los que podrían incluirse, sin ningún esfuerzo, las modalidades que aquí estamos estudiando.

Así la R. O. de 9 de noviembre de 1847, en la que se declara que la letra y el espíritu de la R. O. de 16.2.1847, relativa al deslinde de los montes del Estado y de los pueblos, no puede comprender a los que son de dominio privado, o a los en que los particulares tienen condominio, respecto de los cuales los interesados pueden solicitar que se practique como y cuando les convenga, con arreglo a las leyes y disposiciones vigentes.

Y mejor aún, la R. O. de 16 de enero de 1848: "... consultando ... sobre si los montes comunales de las parroquias de esa provincia deben considerarse comunes para todos los vecinos de las mismas, o para todos los Ayuntamientos respectivos ... La Reina se ha servido declarar que respecto de los montes comunes de las parroquias rurales de esta provincia (Orense) y las demás del Norte de España que se hallen en su caso, cuando no pertenecen al común del Ayuntamiento o vecinos del mismo, la obligación impuesta por la R. O. Circular de 24 de marzo último, relativa a las siembras y plantíos de árboles, corresponde exclusivamente a los pedáneos de las parroquias; determinándose cada uso particular con vista de los títulos de adquisición, usos y costumbres introducidos en su disfrute".

Pero muy poco después, la R. O. de 22 de mayo de 1848, quebró violentamente esta tendencia matizadora al declarar, en contra del reclamante, que entendía que los montes del común de vecinos no estaban sujetos a las disposiciones generales que rigen para el gobierno y administración de los demás que pertenecen a la propiedad de los pueblos.

> 1.º Que la legislación administrativa vigente no reconoce la diferencia que se pretende establecer entre los montes del común de los pueblos y los del común de los vecinos.
>
> 2.º Que es inadmisible el principio de que los vecindarios por sí y con independencia absoluta de los Ayuntamientos y del Gobierno pueden disponer omnímodamente de dichos montes llamados del común de vecinos, asimilándolos con notoria equivocación a los de dominio particular.
>
> 3.º Que todos los montes de propios y comunes, cualquiera que sea la época y origen de su adquisición, están sujetos a las disposiciones generales que hoy rigen, en virtud de las cuales los vecinos no están autorizados para proceder al aprovechamiento de sus arbolados, sino por medio de los Ayuntamientos, que son los administradores legítimos de los intereses comunales con arreglo a la Ley.
>
> 4.º Que los Ayuntamientos sólo pueden deliberar conforme a las Leyes y Reglamentos sobre el aprovechamiento de los montes y bosques del común, sometiendo sus acuerdos a la aprobación del Jefe político o del Gobierno, en su caso, sin la cual no puede llevarse a efecto.
>
> 5.º Que la aprobación de los contratos hechos por la sociedad L. A. con los vecinos, en los que se ha prescindido de la intervención de los Ayuntamientos, además de su ilegalidad, podría ocasionar gravísimos perjuicios a los intereses del común, tanto por la omisión de los trámites y formalidades exigidas para asegurar la conservación y orden de aprovechamiento de los montes, como por la disminución de las utilidades que debe producir a los pueblos la venta legal de las maderas y leñas de los montes comunes, de que son propietarios con arreglo a las leyes.

Después de tan terminante declaración, tardarían bastante tiempo en reaparecer en nuestro ordenamiento los montes llamados del común de vecinos. Pero veamos ahora la situación actual.

La legislación vigente no hace referencia expresa a la tipología social o real que queda descrita, y la razón es bien clara: estas variedades se basan en el origen o modo de surgir tales bienes; pero este dato, aún teniendo indudable importancia, no es esencial; lo que importa, por ahora, es determinar si el ordenamiento reconoce el género de que todas estas variedades forman parte, es decir, si se admite la existencia de bienes de aprovechamiento comunal y propiedad particular.

Pues bien, aunque indirectamente, el Reglamento de Bienes hace un reconocimiento expreso de este género en el artículo 8, núm. 4, apartado a), que dice así:

> Se entenderá, además, producida la afectación de bienes a un uso o servicio público o comunal, sin necesidad de acto formal, cuando: *a)* la Entidad adquiera por usucapión, con arreglo al Derecho civil, el dominio de *una cosa que viniera estando destinada a un uso* o servicio público o *comunal.*

A nuestro modo de ver, en el concepto subrayado se comprenden sin lugar a duda, los bienes de que estamos tratando: el aprovechamiento comunal está aludido expresamente, y la circunstancia de que la Entidad pueda adquirir la cosa, demuestra que no es suya. Y no siendo, por tanto, bien municipal, podrá ser del Estado, de otras entidades públicas o, que es lo que aquí nos interesa, de los particulares.

Por lo demás, aparte de esta referencia accidental, nada se dice del régimen jurídico de estos bienes (salvo, la posibilidad, un tanto extraña, de ser usucapidos).

Otra referencia más directa —aunque desde luego tampoco suficiente— encontramos en la legislación de montes. En efecto, el párrafo 2, del artículo 4 de la Ley (en concordancia con los artículos 21 y 22 del Reglamento) dispone que:

> "Los terrenos rústicos de índole forestal que de hecho vengan aprovechándose consuetudinariamente por los vecinos de una localidad, se incluirán en el Catálogo de Montes en favor de la entidad local, cuyo núcleo de población venga realizando los aprovechamientos, respetándose éstos a favor de los mismos

vecinos que hayan sido sus beneficiarios. Se exceptúan de esta inclusión en el Catálogo los terrenos que en el Registro de la Propiedad aparezcan inscritos como de propiedad particular".

Del análisis detenido de este precepto resulta que en él se describen dos figuras: la primera presenta todos los caracteres de los bienes comunales típicos (aprovechamiento vecinal y titularidad municipal); mientras que la segunda encaja en los bienes que ahora estamos estudiando, ya que suponen un aprovechamiento vecinal consuetudinario (frase primera) y una titularidad dominical particular (frase segunda) (10).

En cuanto al régimen de estos bienes, tampoco se nos dice demasiado, ya que la ley se limita a excluirlos de catalogación. Circunstancia muy importante, desde luego, pero que dista mucho de ser exhaustiva, y aun satisfactoria.

Pero la ley va más adelante, y en el párrafo tercero del mismo artículo dispone:

"La presente Ley reconoce y reglamentará la existencia en las provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra de montes pertenecientes en mano común a los vecinos de las consuetudinarias demarcaciones parroquiales, que serán vinculados a los Ayuntamientos respectivos, los cuales regularán el disfrute de sus aprovechamientos de manera que, sin perjuicio de los intereses generales de cada Municipio, reciban una justa participación los vecinos con derecho a los mismos".

La reglamentación anunciada se encuentra en el artículo 23 del Reglamento, que dice así:

"1. En las provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra, los montes pertenecientes en mano común a los vecinos de las consuetudinarias demarcaciones parroquiales, serán vinculados, a los efectos que se indican seguidamente, dentro del Municipio respectivo, a su Ayuntamiento o a las Entidades locales menores constituidas o que se constituyan en el futuro.

---

(10) El texto habla de titularidad inscrita; pero ha de aceptarse, además, por supuesto, que la titularidad no esté inscrita, si se tiene en cuenta el papel que juega el Registro de la Propiedad en nuestro derecho inmobiliario.

2. Sin perjuicio de la función técnica que incumbe a la Administración forestal en la fijación de los aprovechamientos, los Ayuntamientos o, en su caso, las Juntas vecinales de las entidades locales menores, reglamentarán su disfrute intervecinal de manera que, sin perjuicio de los intereses generales de cada Municipio, reciban una justa participación los vecinos con derecho a los mismos.

3. Cuando se trate de montes objeto de consorcio para su repoblación entre el Estado, las Diputaciones Provinciales y las entidades titulares, de los comprendidos en este artículo, deberá quedar precisada en las bases del consorcio la proporción en que se distribuirá la participación de la entidad titular, especificando la parte que corresponda de ella a dicha entidad y a los vecinos con derecho a disfrute".

Ya habíamos anunciado antes que la legislación, en trance de reconocer y regular las variedades de montes vecinales, no se atenía a la tipología social descrita —que se apoya en el criterio, no esencial, de su origen—, sino que, a la hora del reconocimiento, se refería, en bloque, al género (monte de aprovechamiento vecinal y propiedad particular), y a la hora de la regulación se detenía únicamente en la variedad denominada "montes en mano común de vecinos de Galicia". Sobre el concepto de mano común volveremos más adelante con algún detalle, y en cuanto a la limitación que se hace a las provincias gallegas, parece arbitraria, fruto quizá de algún grupo regional de presión, porque si bien es verdad que en Galicia es donde se encuentran la mayor parte de estos montes, y a la Audiencia de La Coruña corresponde el honor de haber colaborado no poco en la depuración del concepto, la restricción es injustificada porque no es sólo una hipótesis, sino una realidad, que existen montes de características similares en otras regiones españolas (concretamente en las montañosas) como con mayor prudencia advertía la R. O. de 16 de enero de 1848.

Y conste que estas palabras no deben entenderse como una alusión a privilegios gallegos, más bien al contrario. Desde el punto de vista administrativo es de alabar el espíritu de la Ley de montes, pero es de suponer que ésta no

haya encontrado demasiada aceptación entre los vecinos de Galicia, ya que consagra una intervención municipal, bastante rigurosa, frente a la que venian luchando desde hace un siglo, y hasta ahora con éxito, amparados por los Tribunales de Justicia. Pero para el futuro esto ya no es posible, si nos atenemos a la legislación vigente, como se analizará más adelante con algún detalle.

IV. CONSTRUCCION DOGMATICA.

A la vista de los elementos histórico-genéticos, jurisprudenciales y legales que acabamos de exponer, vamos a intentar ahora ua elaboración dogmática unitaria de lo que hemos denominado montes vecinales (11).

I. El primer principio que hemos de afirmar es el de su existencia como concepto unitario, dentro de la realidad española y del ordenamiento positivo, caracterizado por estos dos elementos: 1) un aprovechamiento comunal vecinal, y 2) una titularidad dominical privada, también comunal y vecinal.

II. Su naturaleza jurídica —tal como ha reiterado el Tribunal Supremo— es privada y no pública, a diferencia de los bienes comunales típicos. Ahora bien, la característica vecinal impone en su régimen una evidente modulación de carácter administrativo, más o menos intensa según los casos.

III. Dentro de esta concepción unitaria, a la hora de determinar su régimen jurídico, es decir, de determinar las modulaciones juridico-administrativas concretas, es preciso diferenciar una serie de supuestos. Pero tales variedades no van a ser las genéticas, ya apuntadas, puesto que, como hemos

(11) Un ensayo de dogmatización unitaria se encuentra ya en GUAITA, *Régimen jurídico-administrativo...*, cit., 2.ª ed., págs. 275-280, si bien sus conclusiones son muy distintas a las nuestras.

visto, éstas no acarrean regímenes jurídicos distintos (12). A estos efectos, la clasificación esencial es la que distingue entre comunidades de tipo romano, por un lado, y comunidades de tipo germánico, por otro (12 bis).

A) Comunidad de tipo romano.

En los casos en que pueda comprobarse la existencia (y subsistencia) de una comunidad por cuotas, que recaiga tanto sobre el dominio como sobre los aprovechamientos, la intervención municipal se reduce al mínimo, puesto que los bienes están sometidos a los preceptos del Código civil. Valga, por todas, la siguiente declaración jurisprudencial:

> "Si los vecinos que se expresan nominativos en la escritura ... adquirieron el dominio útil de las referidas fincas, y lo transmitieron por título universal o singular a sus herederos y sucesores, los cuales lo han tenido y vienen disfrutando como particulares, sin intervención del Municipio, la circunstancia puramente accidental y voluntaria de tenerlo y disfrutarlo pro indiviso, no puede alterar el concepto de propiedad particular y menos de convertirle en bienes de propios".

---

(12) Así, por ejemplo, la jurisprudencia suele asignar el carácter comunitario germánico tanto a las del grupo B) como a las del grupo C), y sostiene igualmente la posibilidad de prescripción en los montes de foro.

(12 bis) A estas conclusiones llega igualmente S. MARTÍNEZ-RISCO en un agudísimo dictamen "Naturaleza jurídica de un monte disfrutado por los vecinos, y acciones que competen a los Ayuntamientos para reivindicar porción acotada por particular" recientemente aparecido en la *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 5, 1963, págs. 227 y siguientes. Para este autor, la precisión de si se trata de un condominio romano o germánico entraña una cuestión de hecho, y la solución "estará en la investigación de la forma en que ese condominio haya venido siendo de antiguo ejercido, y en los actos mediante los cuales se exteriorizó su ejercicio, es decir, si tales actos fueron de mero aprovechamiento de sus productos, permaneciendo la propiedad del monte continuadamente en los vecinos de la parroquia "en mano común", o si, por el contrario, fue objeto en algún momento histórico de división o transmisiones parciales". Las consecuencias de esta distinción en orden a la reivindicación de los bienes son muy graves, ya que si se trata de un condominio romano no está legitimado el Ayuntamiento para accionar, mientras que si se trata de un condominio germánico, puede el Ayuntamiento coadyuvar con los vecinos en el ejercicio de la acción reivindicatoria, invocando al efecto la existencia de un "interés general" a su favor, concretamente en la regulación de los aprovechamientos, que a él corresponda.

B) Comunidad de tipo germánico (13).

Tratándose de montes vecinales— en los que por hipótesis los titulares de los aprovechamientos, y aun de la propiedad, han de identificarse con los vecinos— la regla ha de ser la comunidad germánica en mano común, y la excepción la comunidad romana de cuotas. Esta afirmación viene haciéndose, más o menos conscientemente, con cierta generalidad y, en todo caso, es la tesis predominante en la jurisprudencia. Ahora bien, es corriente aceptar la estructura germánica por razones de orden práctico (ya que así, por ejemplo, se garantiza la inalienabilidad y la indivisibilidad); pero nosotros vamos más lejos: nosotros afirmamos que la comunidad de tipo germánico es la fórmula jurídica que, *por esencia* (es decir, no por simples razones pragmáticas) mejor se adapta a los montes vecinales.

En efecto, al estudiar los bienes comunes de origen comunal tuvimos ocasión de repasar una serie de testimonios que aludían a la inadecuación a estos supuestos de la comunidad por cuotas, ya que aun siendo éste su origen (se conservan, y no muy lejanos, los documentos notariales correspondientes), con el transcurso del tiempo la multiplicidad de titulares, que se aumenta al pasar a los herederos, disminuye las cuotas a cifras imposibles de manejar, y hace que fracase el sistema.

Pues bien, para nosotros esta razón práctica no es suficiente: la experiencia nos enseña que es perfectamente posible dividir las cuotas de una manera indefinida, y que así se ha hecho efectivamente en algunas regiones respecto de la propiedad rústica, donde las cuotas representan a veces simples milésimas de la finca (14).

---

(13) Cfr. el capítulo VII para la problemática general de este tipo de comunidades en el Derecho español.

(14) Véanse algunos ejemplos que cita, entre otros muchos, ALEJO LEAL ("Modalidades de la propiedad inmobiliaria en la provincia de Cáceres", en *Boletín del Instituto de Reforma Agraria*, núm. 24, junio 1934) con referencia a una obra de VILLEGAS, *Nuevo Libro de Yerbas de Cáceres*, Cáceres, 1909: en el Registro de la Propiedad de Cáceres hay una inscripción de 84 milésimas de la milésima parte de la dehesa de "Cáceres el Viejo", y otra que reza literalmente así: "una sép-

No son, pues, razones prácticas las que excluyen el manejo técnico de la comunidad romana en los montes vecinales, sino razones esenciales: teniendo en cuenta que las cuotas comunitarias son libremente transmisibles, ello autoriza a transmisiones a quienes no sean vecinos. De aquí que nos encontremos ante una alternativa insoslayable: si se trata de una comunidad romana pueden realizarse transmisiones extravecinales y los montes dejan de ser vecinales, y si se trata de montes vecinales no es posible la transmisión libre de cuotas, lo que excluye la comunidad romana.

Todavía hay una razón más profunda: Como ha señalado PUIG BRUTAU (15) la comunidad por cuotas es un arbitrio o fórmula jurídica que representa un interés constituido por la suma aritmética de todos los comuneros, mientras que la comunidad germánica es el instrumento de que se sirve el Derecho para cubrir algo más que la suma de los intereses correspondientes a dos o más personas físicas, sino para proteger el interés superior de un grupo social, considerado como tal grupo. De aquí que "no debe extrañar que cuando nuestra jurisprudencia ha tratado de señalar la esencia de aquellas situaciones de comunidad que representan algo más que un conglomerado de intereses individuales... no haya podido aplicar la individualista noción de la titularidad plural que se manifiesta en varias cuotas divisibles y enajenables, sino

---

tima parte de una décima parte de una vigésima parte de cinco octavas partes; sexta parte de una tercera parte de una vigésimo segunda parte de la mitad de una novena de una undécima de una décima de vigésimo segunda; de una vigésimo segunda parte de la mitad de una décima de una vigésimo segunda; de la mitad de una séptima de una décima de una vigésimo segunda parte del todo de cinco octavas partes; una novena parte de una décima parte del todo de cinco octavas partes; una novena parte de una undécima parte y una décima parte de una vigésimo segunda parte del todo, de cinco octavas partes" (todas las cuotas sobre la dehesa de Atoquea). Y por citar un ejemplo de otra región: en la escritura de partición de herencia de una tal Ramona Lage y Gómez, vecina de las Riberas del Sor, otorgada en Ortigueira en 9 de noviembre de 1877, se adjudicó a su nieto la propiedad de "tres veinticincoavos de un castaño" (según GARCÍA RAMOS, *Arqueología jurídico-consuetudinaria-económica de la región gallega*, 1912, pág. 41).

(15) *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, págs. 253-258.

que ha debido reconocer que se trata de un tipo de comunidad de las llamadas en mano común".

Podrá objetarse, quizá, que frente a este tipo de consideraciones se alzan los hechos incuestionables de unos títulos públicos que acreditan la adquisición originaria de los bienes por una pluralidad de sujetos vinculados en una comunidad romana y, además, reiteradas declaraciones jurisprudenciales en tal sentido.

Pero en cuanto a la jurisprudencia, no conviene generalizar el alcance de sus resoluciones concretas: ya se ha visto que, en efecto, puede haber caso de comunidades civiles ordinarias, y a ellas se refieren sentencias que incluso se han citado poco antes. Pero el argumento puede volverse en contra si se piensa que son muchas más las decisiones en que, frente a supuestos similares (el foro es también un contrato con objeto bien determinado y cuotas sobre las partes indivisas), el Tribunal Supremo ha adoptado la solución contraria, es decir, la mano común.

En cuanto al título originario, sólo debe dársele valor en el supuesto de que se trate de un negocio verdadero, lo que no sucede con frecuencia. Los autores están de acuerdo en que cuando iba a desamortizarse un bien comunal y los vecinos querían seguir aprovechándole comunalmente acudían al artificio de adquirirle, bien todos, o bien unos cuantos vecinos solamente, que actuaban fiduciariamente en nombre de los demás. De este modo pueden señalarse las siguientes modalidades:

1.ª) Los adquirientes aparecen nominalmente, desean —y realizan— establecer una comunidad ordinaria, que mantienen a lo largo de las generaciones. Aquí se da, sin duda, una comunidad romana, sujeta en todo a los preceptos del Código civil.

2.ª) Los adquirentes aparecen designados nominalmente, constituyendo aparentemente una comunidad romana, y así lo hacen, pero lo que desean es continuar los aprovechamien-

tos vecinalmente. Se trata de un negocio jurídico simulado, en el que —como es sabido— ha de prevalecer el negocio oculto sobre el aparente. Este es el supuesto más frecuente, y que puede comprobarse de ordinario por la posterior conducta de los vecinos, que realizan los aprovechamientos al margen por completo del título de aquisición.

3.ª) Los adquirentes sólo son unos cuantos vecinos, que actúan fiduciariamente en beneficio de todos los demás, como se comprueba por la conducta de todos con el transcurso del tiempo.

La naturaleza fiduciaria es la que explica la corrupción de la titularidad de las generaciones sucesivas; los propietarios no se cuidan de mantener sus cuotas aparentes porque nunca creyeron en ellas: si aceptaron la técnica jurídica de la época fue simplemente como instrumento del fin realmente perseguido por ellos: el mantenimiento de los aprovechamientos. Por el contrario, cuando la constitución de una comunidad por cuotas es un fenómeno real, éstas se mantienen al cabo de las generaciones, como hemos tenido ocasión de comprobar en los pintorescos ejemplos citados más arriba.

Pero todavía queda un argumento definitivo, que sirve de cobertura a los anteriores, para el supuesto de que no se aprecie la fiducia o, en su caso, la simulación: la prescripción. Ya hemos visto que la usucapión vecinal es posible. Pues bien, aun dando por eficaz el título originario, si posteriormente y durante treinta años ejercen los vecinos una posesión "vecinal" y no una posesión basada en el contrato de compra-venta (lo que es una cuestión de hecho fácilmente comprobable) adquieren por usucapión el monte en concepto de vecinal (16).

---

(16) Este razonamiento aparece desarrollado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de La Coruña (Magistrado: D. Emilio Celorio Sordo, a quien debemos agradecer la comunicación de ésta y otras sentencias, no publicadas, de los Juzgados y Tribunales gallegos, que aparecen en este libro) de fecha 26.7.1961: "Considerando que la ponderada valoración de los elementos probatorios anteriormente señalados conduce sin género de duda a la conclusión

En las consideraciones que anteceden queda ya desarrollada la doble hipótesis de la naturaleza de los bienes vecinales. La distinción no es puramente académica, y se ha llevado a cabo pensando en el diferente régimen jurídico-administrativo (no ya solo, y por descontado, civil) a que están sometidos uno y otro tipo de comunidad (17).

---

de que los montes descritos en la demanda son los mismos cuyo dominio directo fue objeto de desamortización y que ese dominio y el útil perteneció siempre a particulares, si bien pueda presuponerse que éstos fuesen todos o gran parte de los vecinos de la parroquia en que están sitos; por consiguiente, descartado que tales montes tengan el carácter de públicos, las probanzas aportadas deben estimarse suficientes para acreditar la relación o causa jurídica de carácter dominical de la comunidad actora con los montes, constituyendo el título de propiedad necesario para el éxito de esta clase de acciones, pues si bien es cierto que el tracto dominical no se acredita de modo documental hasta llegar a los actuales componentes de la comunidad actora, ello no puede ser óbice para estimar evidenciada la titularidad del dominio a favor de aquélla, no ya sólo porque la exigencia de una prueba exhaustiva de ese tipo tendría algo de la romana *probatio diabolica,* sino por cuanto, las lagunas existentes en la evidenciación documental de este tracto aludido, en definitiva, las salvan las manifestaciones testificales que acreditan el carácter privado de los montes, complementándose unas y otras pruebas con el resultado dicho de derivar de su conjunta valoración el título de dominio a favor de la comunidad por la que se acciona, todo ello habida cuenta que aunque en principio sobre los accionantes gravita la carga probatoria en cuanto a la demostración del título de propiedad, la apreciación del valor evidenciador de las probanzas a tal fin aportadas, necesariamente vendrá en parte dado de la constatación de aquéllas con las opuestas por la contraparte..., pero es que, además, y en último término, aquéllos se ven amparados por la fuerza de la inscripción registral, que es una presunción *juris tantum* del dominio, y a su favor se da también, a falta de mejores títulos, la prescripción adquisitiva por posesión de más de treinta años, computándose a tal fin la posesión de los actuales comuneros y la de sus antecesores en ella, que se remonta casi a la inmemorialidad, beneficiando a los últimos poseedores por la *accesio possesione* como continuadores en la comunidad de utilización, en el estado posesorio anterior, aunque se hayan producido a través del tiempo cambios en las personas integrantes de aquellos grupos o comunidades (según la s. del T. S. de 30.9.1958". Ahora bien, ¿cómo compatibilizar esta doctrina con el artículo 8.º, 4, *a)* del Reglamento de Servicios, que prevé una prescripción *a favor del Municipio* ganada por usos vecinales?

(17) De aquí la ineludible necesidad, en cada caso concreto, de determinar previamente ante qué tipo de comunidad nos encontramos. Véase, a este respecto, en todo caso el capitulo VII.

Cfr. la sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 12.4.1962 *(Apud* Benito GONZÁLEZ PÉREZ, "Una sentencia sobre montes en mano común", en *Certamen,* núm. 251, noviembre 1962): "... es de relevante interés determinar si esa comunidad tiene caracteres

Ya hemos dicho que los bienes vecinales objeto de una comunidad romana —y que no son propiamente vecinales— están sometidos íntegramente al régimen civil, sin ninguna intervención administrativa específica. ¿Sucederá lo mismo con la otra variedad?

Por lo pronto, hay que contar con la incidencia del concepto de vecino que, por hipótesis, se identifica con el de beneficiario. El Tribunal Supremo parece haber pasado un poco por alto esta circunstancia cuando, por ejemplo, en la citada sentencia de 22.12.1926 afirma:

> La circunstancia de hallarse inseparablemente unidas las cualidades de copropietarios del monte de autos y la de vecinos del lugar de Sinde en los demandados, no responde, según los hechos probados revelan, a relaciones de carácter público, administrativo y municipal, sino de orden puramente civil y privado, derivado tan sólo del nexo jurídico consiguiente al hecho de la convivencia colectiva en el disfrute pro-indiviso del monte en cuestión.

Entendemos que es correcta la consecuencia que deduce el Tribunal Supremo, pero desde luego se vale de unos argumentos un tanto forzados: la vecindad es algo más que un simple nexo jurídico consiguiente al hecho de la convivencia colectiva en el disfrute pro indiviso de "un monte". La vecindad es un *status*. Lo que sucede —y por esto es correcta la indicada tesis del Tribunal Supremo— es que las consecuencias de dicho *status* no son puramente administrativas, sino que en él inciden relaciones jurídicas de toda índole: lo mismo civiles que procesales y políticas.

En nuestro caso, la vecindad opera como un presupuesto para la titularidad de los aprovechamientos (y en su caso, del dominio), y por estar regulada la vecindad por el orde-

---

germánicos o romanos, pues una y otra de estas formas pueden darse en los montes de vecinos, y no cabe desconocer que, según se trate de uno u otro tipo, se producirá o habrá de excluirse, respectivamente, la ingerencia del Ayuntamiento".

namiento jurídico-administrativo, a él hay que atenerse. incluso en sus consecuencias procesales (18).

Precisando más: la vecindad actúa como un presupuesto determinante de la titularidad de los aprovechamientos. Si decimos que los beneficiarios son los vecinos, nos remitimos en blanco a la calidad administrativa del vecino, que nos "determinarán" —en el sentido de concretarán— los padrones municipales (19).

Las consecuencias prácticas de todas estas consideraciones aparecen inmediatamente cuando se pretende introducir una alteración subjetiva, no natural, de los beneficiarios. La masa de los vecinos se va renovando naturalmente de un modo indefinido, pero puede producirse otro tipo de alteraciones, y fundamentalmente dos, cuyas consecuencias habrá que estudiar.

La primera es la adquisición por un no-vecino (ordinariamente un vecino de los lugares limítrofes) de bienes raíces en el término municipal. ¿Adquiere el nuevo propietario, sin más, derecho a los aprovechamientos vecinales? Es imposible *a priori* dar una respuesta segura, y tampoco ha de ser fácil resolver los casos concretos, teniendo en cuenta lo confuso de estas relaciones. En líneas generales, el camino a seguir, es el siguiente: Se trata de determinar si los aprochamientos vecinales constituyen una pertenencia de las fincas rústicas de propiedad individual (tal como se ha visto en los casos de bienes procedentes de foro), en cuyo supuesto, aun sin tener la condición de vecino, el nuevo propietario se convierte automáticamente en beneficiario de los aprovechamientos vecinales, y ésto, aún sin el consentimiento de los otros vecinos, pues sus derechos tienen un origen puramente civil. Ahora bien, este criterio debe ser considerado como

(18) Los litigios de vecindad se ventilan ante la jurisdicción contencioso-administrativa; artículo 1.º de la Ley de esta jurisdicción.

(19) Exactamente igual que en el caso en que determina el derecho de admisión en un Establecimiento de beneficencia privada, o en el concurso de una beca de fundación privada.

excepcional, de tal manera, que si no se prueba esta condición de pertenencia, no se adquiere el derecho a los aprovechamientos, pues la regla ha de ser la condición de vecino. Por otro lado, la prueba no suele ser nada fácil, ya que es muy rara la constancia documental del carácter de pertenencia. El instrumento probatorio ordinario será la costumbre. Costumbre que ha de referirse simplemente al hecho de que los propietarios no vecinos anteriores hayan disfrutado de los aprovechamientos vecinales con independencia de que exista conciencia, o no, del mecanismo de las pertenencias, pues ésto es una explicación jurídica de la costumbre, un fundamento, y no un elemento de ella.

Vayamos ahora al segundo caso, que es contrario del anterior: en el lugar se instala un nuevo individuo, que, al margen de toda propiedad, adquiere administrativamente la condición de vecino. ¿Tendrá derecho a los aprovechamientos vecinales? Aquí la respuesta es similar a la del anterior supuesto: En principio, sí; pero si se demuestra que el origen o la naturaleza civil del derecho a los aprovechamientos no se extiende a los nuevos vecinos, éstos quedarán excluidos (20). Quizá parezca extraño que la regla sea la admisión y la excepción la exclusión. Pero no puede ser de otra manera si no se quiere desorbitar el alcance de la naturaleza civil de estos aprovechamientos vecinales. Téngase presente lo ya explicado sobre la modulación administrativa de tales derechos civiles. Quiérase o no, el origen de los derechos

---

(20) Este es el caso contemplado por la sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 3.6.1963, que se basa en una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Corcubión, de fecha 8.3.1907, en la que se había declarado "que *todos los propietarios* del lugar de Buria venían apacentando ganados y haciendo toda clase de aprovechamientos... (reconociéndose a cada uno) una parte espiritual en proindivisión en la comunidad propietaria, que deben componer los terratenientes de Buria, en partes inconcretas, indeterminadas, sin determinación de mensuras y límites", y en su consecuencia, se negó a un vecino el derecho a participar en los aprovechamientos comunes en razón a "no poseer, ni cultivar bienes propios de ninguna clase, ni figurar en los repartimientos por concepto alguno con riqueza propia imponible, ni se le conocían ganados propios de ninguna especie".

nació ya empapado de circunstancias administrativas. La agrupación de los individuos en caseríos, la formación de los municipios, la vecindad en una palabra, es un fenómeno natural —y no una simple imposición administrativa— que no puede desconocerse. Por referirnos a los foros —que pudieran parecer un caso extremo—: no son imaginables los foros colectivos, al margen de la idea de vecindad. Y por otro lado: si el supuesto de titularidad se basa de ordinario —este es un hecho que afirman diariamente los Tribunales— en la cobertura genérica de la usucapión, ésta beneficia a los vecinos en general, a los presentes y a los futuros, sin especificación ni exigencias de vínculos generacionales.

Ahora bien, si la regla es la asimilación de vecinos a beneficiarios, ello no quita importancia al valor de la excepción: cuando se pruebe que la índole de estos derechos rompe la asimilación (21). La explicación dogmática es sencilla: el *status* de vecino se integra por una serie de derechos y obligaciones que no son iguales para todos, algunos se adquieren automáticamente y otros no, puesto que son conceptual y jurídicamente separables (22). El ejemplo más evidente le tenemos en el artículo 192, 4 LRL, que autoriza la exclusión de determinados vecinos del disfrute de derechos puramente administrativos, como son los aprovechamientos comunales.

V. MONTES EN MANO COMUN DE VECINOS EN GALICIA.

Dentro de las comunidades de tipo germánico merecen especial atención los llamados montes en mano común de vecinos en Galicia, cuyas normas reguladoras ya han queda-

---

(21) Por esta razón, la realidad es que nos encontramos ante una modulación civil de relaciones jurídicas administrativas, mejor que ante una modulación administrativa de relaciones jurídicas civiles.

(22) Lo cual no rompe el principio de igualdad, puesto que éste no significa tratamiento igual de todos los casos, sino tratamiento igual de casos iguales y tratamiento desigual de casos desiguales.

do transcritas en el número anterior. El legislador con gran acierto ha prescindido de toda suerte de consideraciones genéticas (tan sugestivas en Galicia) para fijarse en el elemento verdaderamente esencial: la mano común.

1. *Configuración.*

También hemos indicado ya que ésta es el resultado de una tenaz labor jurisprudencial, referida predominantemente, aunque no exclusivamente, a Galicia. Veamos algunos ejemplos de esta configuración jurisprudencial:

Sentencia de 12.4.1962 de la Audiencia Territorial de La Coruña:

> "El estudio de los diversos elementos que el litigio proporciona conduce a la categórica conclusión de que las parcelas del monte ya mencionadas, vienen siendo poseídas por los demandantes y demás vecinos ... como forma de propiedad en mano común, según así lo imponen las siguientes consideraciones: 1.ª) Se trata de montes abertales, que en ningún tiempo estuvieron parcelados ni amojonados, por lo que el aprovechamiento conjunto nunca se concretó por cada vecino en porciones determinadas de esa zona forestal. 2.ª) No hay tampoco constancia de que en actos intervivos o *mortis causa* se hubieren transmitido cuotas determinadas de tales montes y ni siquiera aparece mencionado en las sucesiones que a través de los años han venido produciéndose. 3.ª) Los montes en cuestión no aparecen amillarados a nombre de los vecinos ...; 4.ª) En las redenciones ... se comprenden varias parcelas, sin embargo, de lo cual, nada se dice en cuanto a la propiedad forestal abierta que el litigio refiere. 5.ª) No existe constancia de que los demandados y demás vecinos ... hubiesen talado árboles en alguna ocasión ... y reducen el disfrute de tales montes a la corta de esquilmos, pastoreo y aprovechamiento de leñas caídas".

Y la más reciente todavía, de 3.6.1963, de gran ambición doctrinal (23):

> "... auténtica comunidad germánica, de carácter especial consuetudinario, cuya existencia en el Noroeste de España: Asturias, Galicia y León, y aun en una parte de Portugal, es de todos conocida: La comunal es la forma de propiedad que primero se presenta en la historia de los pueblos y de ella se conservan en

España numerosas supervivencias, siendo sin duda alguna la más interesante la germánica, que vivificó las primitivas formas de la propiedad celtibérica, quedando los usos y formas a través de los tiempos y de la que son un reflejo fiel algunas disposiciones contenidas en el Fuero Juzgo y el Código de las Siete Partidas: Propiedad en mano común "condominium juris, Gesamteigentum, Gemeinschaft zur gesamten Hand", según la terminología germánica que constituye una forma de propiedad colectiva, el monte pertenece a la colectividad, no a los individuos singularmente, pero en virtud del vínculo corporativo cada uno tiene sobre ella derechos y facultades de goce con mayor o menor extensión, según la particular naturaleza del vínculo, ofreciendo siempre como carácter fundamental que mientras la cosa pertenece a varios conjuntamente, a ninguno de los miembros del grupo corresponde la propiedad de una cuota intelectual, ni real, teniendo siempre el concepto de *dominium plurium in solidum,* fundamentalmente contrario al principio romano; los bienes comunales son tipos de propiedad corporativa, en los que las facultades correspondientes a los vecinos o habitantes de un pueblo, lugar o parroquia, limitan y complementan los derechos dominicales del Municipio, hasta el punto de haberse sostenido, que son cosas cuyo dominio no pertenece a nadie, verdaderos complejos de relaciones jurídicas surgidas de la convivencia y vecindad, situaciones económicas en cierto modo independientes de los vínculos administrativos y, por lo que al Derecho Privado toca, son bienes que no pertenecen a una persona moral, ni a varios sujetos pro-indiviso, cual ha sostenido la Dirección General de los Registros en Resolución de 3.6.1927, y así, en esta Región, en Galicia al igual que en Asturias hay muchos montes, la mayoría, que aprovechan el común de los vecinos como dueños de Casa abierta, siendo evidente que en Galicia existen montes llamados vecinales, que cual su nombre indica pertenecen a todos los vecinos, cuyo origen se pierde en la noche de los tiempos y al lado de la comunidad romana encontramos la germánica que surgió y brotó a la vida del derecho consuetudinariamente, reminiscencia de aquel primitivo comunismo agrario que durante siglos arraigó en algunas comarcas, en especial en lo que a los montes abertales se refiere, quizá porque al terminar la dominación musulmana, desaparecidos los antiguos dueños surgidos al calor de la parcelación de la

---

(23) Ignoramos quién fue el Ponente; pero es de justicia recordar los Magistrados componentes de la Sala (Primera de lo Civil): Ilustrísimos Sres. D. José Spiegelberg Horno (Presidente), Manuel Artime Prieto, Antonio Fernández Rodríguez, Ramón Carballal Pernas y Narciso Rivas Martínez.

propiedad agraria realizada entre godos y romanos, éstas no fueron ocupadas particularmente y así pasaron a ser poseídas inmemorialmente por los vecinos, comunidad en la que por varios modos, nada es tuyo ni mío, todo es de todos, es decir, que en Galicia también existen terrenos de propiedad colectiva de todos los vecinos, que sin constituir una comunidad de tipo romano, a través del tiempo y por prescripción, los habitantes de los pueblos, lugares, parroquias hacen suyos en comunidad germánica, que no corresponde ni lo crea el concepto de vecino en sentido administrativo, sino los actos de posesión que desde tiempo inmemorial han venido ejercitando los moradores de cierto sitio, lugar o parroquia como reconoció el Tribunal Supremo en sentencia de 22.12.1926 y cuya nota más característica es la de la permanencia en la indivisión, razón por la cual no es posible autorizar segregaciones en favor de determinadas personas, propiedad que se reconoce en muy diversas manifestaciones en el uso de Molinos y Hornos, en la llamada servidumbre de romería, celebrada en montes de esta naturaleza cerca de Santuarios y en donde los días de la fiesta del Patrono, mozos y mozas al lado de la Ermita consagran sus amores para hacer más tarde fecunda la tierra, el *servitudo ius uso inocue* —derecho de aprovechar cosas ajenas— el Soutelo, la Musga, son una demostración indiscutible de la existencia de las variadas manifestaciones de esta clase de propiedad común, que ha tenido que ser reconocida forzosamente por la vigente Ley de Montes y a la que hace referencia el Capítulo Primero del Título V del Proyecto de la Ley de Compilación del Derecho Foral de Galicia; si todo esto es asi ... no puede transformarse lo que constituye una auténtica coposesión colectiva en una comunidad romana".

2. *Caracteres jurídicos.*

Las consecuencias de esta categorización jurídica van a ser graves, ya que como es obvio, no es trata de una pura especulación intelectual, sino de una explicación técnica a una serie de fenómenos reales. La propiedad sometida a la mano común presenta unos caracteres muy distintos que la propiedad que pudiera denominarse ordinaria en el sistema jurídico castellano:

a) Por lo pronto es *inalienable,* como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 28.12.1957; "se hallan adscritos

a la mentada parroquia para servir sus necesidades agrícolas y son, por consiguiente, bienes intransmisibles" (sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña —sin fecha— publicada en *Foro Gallego,* núm. 88, 1953, pág. 409); "perteneciendo el dominio del monte en cuestión a la comunidad constituida por el indicado núcleo de población, o sea que el monte está adscrito al fin exclusivo que cumple: proporcionar al referido poblado los elementos en el medio rural necesarios para cultivar la tierra y sostenimiento de animales, montes que deben reputarse inalienables, juicio reiterado por el Tribunal en casos similares" (s. de la Audiencia Provincial de La Coruña de 17.2. 1954, en *Foro Gallego,* número 95, 1954).

b) Y además, *indivisibles* "pudiendo para su mejor disfrute dividirse en parcelas que se distribuyen a las casas abiertas del lugar, pero sin que ello cree titularidad dominical exclusiva en favor de cada vecino" (sentencia T. S. 28.12. 1957); "las comunidades de este género son creaciones especiales semejantes a las de tipo germano, con las peculiaridades impuestas por las condiciones del sitio y las costumbres que en él se guarden, y pretender extinguirla no es obrar... en uso de una facultad, sino pretender abusivamente atribuirse cada vecino un derecho dominical privativo, ya que por el mero aprovechamiento expresado no adquirieron el dominio, que corresponde al conjunto de vecinos; concepto al que se debe que la institución haya permanecido y se perpetúe" (s. de la Audiencia Provincial de La Coruña de 17.2. 1954, en *Foro Gallego,* núm. 95, 1954).

Ahora bien, una vez que se han recortado al dominio las facultades de enajenación y de individualización (o división) ¿qué es lo que queda? ¿Puede seguir llamándose dominio a una relación jurídica que carezca de estas facultades? Es claro que solo forzadamente puede encajarse el derecho residual en los moldes clásicos de la propiedad romana, entendida como un haz de facultades.

La jurisprudencia, al enfrentarse con esta cuestión, la ha resuelto con la figura técnica de la "comunidad de utilización". A ella se remite expresamente la sentencia de 30.9.1958, y la de 28.12.1957 aclara, con más detalle, que

> la comunidad existe no sólo cuando la propiedad pertenece proindiviso a varios, sino cuando los aprovechamientos que de ella se derivan, se hallan distribuidos en tal forma que haya entre los partícipes algo común, en términos que deben reputarse copropietarios de los aprovechamientos del monte.

Solución que, aun reconociendo su sutileza, dista mucho de ser satisfactoria, desde el momento en que incongruentemente se la pretende compatibilizar con la llamada relación dominical plena. Así, esta última sentencia añade a continuación: "pero el dominio es de la comunidad", y termina reconociendo que se "atribuye a los vecinos la propiedad, el uso, el aprovechamiento y la administración del monte".

Una mejor explicación dogmática podría darnos el moderno concepto de propiedad, no entendido como haz de facultades, sino como una relación de poder de carácter "elástico". Pero, a nuestro modo de ver, todas estas restricciones son, más bien, consecuencias de la modulación administrativa, de que se ha venido hablando, porque si bien es cierto que abstractamente puede imaginarse la existencia de un grupo social que imponga estas características a la propiedad sometida a su régimen, sostener la independencia jurídica de los grupos vecinales —gallegos o no— respecto de las unidades administrativas, es negar la realidad española de hoy y desconocer la penetración de la Administración en la sociedad (24).

Con esto llegamos al corazón del problema: a la intervención administrativa. La jurisprudencia al sostener deno-

(24) La Administración clásica vivía al margen de la sociedad; pero como ya desarrolló VON STEIN, y a partir de FORSTHOFF es una tesis indiscutida en el Derecho público europeo hoy actúa como nervio de ella, desde dentro, pues, no como simple regulador o dirigente extraño a su cuerpo.

dadamente el carácter civil o privado de los aprovechamientos vecinales, distinguiéndoles cuidadosamente de los comunales, ha manejado siempre esta declaración como una protección de los vecinos frente a la intervención administrativa.

No obstante, como ya hemos visto, el reconocimiento del carácter germánico de la comunidad de vecinos implicaba conscientemente una serie de relajaciones a la exención administrativa: subjetivamente en cuanto a los titulares se identifican, o pueden identificarse, con los vecinos, y materialmente, al reducirse en buena parte el contenido del derecho de propiedad, declarando, cuando menos, su individualidad e inalienabilidad.

3. *Fundamento de su existencia.*

¿A qué se debe el que los montes llamados de mano común sólo hayan sido reconocidos en Galicia?

Ordinariamente venía creyéndose que esto era debido a las peculiaridades de su origen, en el que se veía una clara intervención vecinal y no municipal. Pero creemos haber demostrado ya suficientemente que todos, o casi todos, los montes considerados hoy como comunales, han tenido también en el resto de España, en un tiempo primitivo, una consideración vecinal (25), y sólo con el transcurso de los siglos, y en especial con el nacimiento del Municipio adquirieron esa naturaleza municipal comunal. Lo que ha sucedido, pues, es que los bienes comunales, idénticos en su origen, han sufrido en España dos evoluciones diferentes y paralelas: por un lado —la solución que podríamos llamar castellana— fueron absorbidos en el patrimonio municipal desde el momento en que el Municipio sustituyó a su antiguo titular, que era el común de vecinos; y, por otro lado, aparece la solución gallega en que se mantiene el vínculo vecinal sin dejarse dominar por los fenómenos administrativos municipales. Así,

(25) Recuérdense los ejemplos citados en el último epígrafe del capítulo primero. Sobre ello se insistirá inmediatamente.

mientras en el resto de España, los bienes comunales son bienes patrimoniales de los pueblos y pertenecen al Municipio —como dice la Ley de Régimen Local—, buena parte de los montes gallegos "no pertenecen al Municipio, sino —como dice la sentencia de 28.12.1957— a los vecinos reclamantes como núcleo social y no como entidad administrativa".

La diferencia es tanto más llamativa por cuanto en Castilla se han dado supuestos exactamente iguales a los de los montes gallegos, y sin embargo, la jurisprudencia les ha dado el carácter de comunales típicos, sin entrar en disquisiciones sobre el carácter de la mano común germánica o, más sencillamente, de la propiedad de los vecinos.

Veamos dos ejemplos que, para mayor similitud, se refieren también a montes aforados:

En el término municipal de Mansilla de las Mulas (León) existían unos terrenos, propiedad del Duque de Alba, pero cuyo dominio útil correspondía desde tiempo inmemorial a los labradores del pueblo, quienes pagaban anualmente un canon foral al propietario. En el siglo XIX se plantea la cuestión de quien fueran los foratarios y con las siguientes consecuencias: si el foratario es el pueblo (el Municipio) se trata de un bien (derecho) municipal, y por tanto enajenable conforme a las leyes desamortizadoras; mientras que si los foratarios son los vecinos, no procede la enajenación por tratarse de derechos civiles de los particulares, a los que no afectan las leyes desamortizadoras. Habiéndose iniciado la discusión, el Juez de Primera Instancia, con asistencia del Promotor Fiscal, procede a verificar la correspondiente información y de ella resulta:

> que el gremio de labradores pagaba el canon en cuestión directamente por medio de cabezaleros nombrados todos los años, y se consideraba entre los llevadores una obligación solidaria al pago del canon: que cuando éstos no podían pagar la pensión foral, ni laborear la finca, se dirigía la ejecución por los pensionistas contra los pocos que conservaban la labranza de sus respectivos quiñones, y siempre que había alguna vacante, pagaban la referida pensión los llevadores de los restantes; que

nunca se había tenido al citado término por de la propiedad del Ayuntamiento, y que si esta Corporación había intervenido en la adjudicación de los quiñones vacantes, era porque en las ordenanzas rurales se le dio el derecho de patronato por los mismos labradores; y que en ninguna ocasión ha corrido a cargo del Ayuntamiento la cobranza de la pensión, ni por el Duque de Alba se había exigido el pago a la mencionada Municipalidad.

¿No parece esto un caso típico de los que configuran los montes de mano común de Galicia? Pues bien, el Tribunal Supremo, en sentencia de 10.6.1868, observando que los pretendidos foratarios son todos vecinos —y solamente pueden ser los vecinos— de una misma localidad, así como las atribuciones del Municipio, les declara comunales.

Considerando que las pruebas recogidas en el expediente gubernativo acreditan que el despoblado de Villayerro pertenece a la clase de terrenos conocidos con el nombre de comunes, supuesto que todos los labradores de Mansilla, por el hecho de serlo, tenían derecho a entrar en el cultivo de alguno de los quiñones en que estaba dividido. Y considerando, además, que los cultivadores de aquel terreno no tenían facultades de transmitir de ningún modo sus porciones respectivas, y sólo las poseían durante su vida, lo cual constituye la amortización de la propiedad, incompatible con la legislación vigente.

Vamos a tomar el segundo ejemplo de una zona en donde también puede apreciarse la influencia forera de Galicia: en el pueblo vallisoletano de Villagómez la Nueva existen unos bienes comunales de origen foral, cuyo régimen —según la sentencia de 15.3.1924— está constituido en primer lugar, por las Ordenanzas de tipo consuetudinario ya existentes, y subsidiariamente por la legislación municipal. Criterio publicístico muy distinto del de los montes gallegos a los que, con anterioridad a la recientísima legislación forestal y de Compilación regional, venía aplicándose el Código civil, precisamente por su condición de privados, reiteradamente declarada.

Pero como bien pudiera creerse que esta peculiaridad gallega es el resultado de una necesidad sólo allí sentida o de

una mentalidad jurídica propia, conviene salir al paso de esta objeción, afirmando que el problema ha existido en Castilla lo mismo que en Galicia y que en pleitos procedentes de todas las regiones de España han alegado los abogados defensores de los vecinos, los derechos propios o civiles de éstos, sin que les haya cabido la fortuna de sus colegas gallegos.

Como ejemplo de la corrección jurídica con que se planteaba este problema en los litigios castellanos, véase el siguiente caso, defendido por una personalidad tan relevante como la de Germán GAMAZO:

En el término municipal de Valoria la Buena (Valladolid; pero colindante con Palencia y Burgos, es decir, lejos de toda influencia gallega) disfrutan los vecinos de unas tierras que les fueron dadas a censo en el siglo XV por el Conde de Rivadavia. En el siglo XIX, con motivo de las leyes desamortizadoras, tiene lugar un conflicto judicial en el que, frente a los compradores, solicitan los vecinos la exclusión de la desamortización "porque el dominio útil no pertenece ni a los propios ni al común, sino a los vecinos, los cuales eran responsables del pago de las pensiones anuales a favor del Marqués", y en igual sentido alega el Marqués de Camarasa (y Conde de Rivadavia) "que no podía decirse, sin incurrir en error, que ese dominio útil formase parte de los Propios del Pueblo, puesto que la intervención del Ayuntamiento se concretaba únicamente a medias en los repartimientos de los terrenos cuando había sido necesario, y entre el Conde y los llevadores de las fincas". El Ministerio Fiscal, por su parte, argumenta el carácter municipal del dominio útil de estos bienes, por cuanto los antecesores del Marqués "no habían obtenido sentencia contra estos o aquellos vecinos, sino contra el común de éstos y el Ayuntamiento que sostuvo el litigio; que dicho Ayuntamiento era el que disponía el repartimiento de las tierras como tenía por conocimiento dentro de ciertas prescripciones, sin que los terratenientes pudieran transmitir por venta o permuta el dominio útil, lo cual pro-

ducía el resultado de que el dominio existiera en aquél o en el común de los vecinos".

Planteada así, con todo rigor, la cuestión, el Tribunal Supremo en sentencia de 8.5.1872 decide no resolverla, puesto que se está substanciando en vía contencioso-administrativa, y por tratarse de una cuestión de propiedad, su conocimiento corresponde a los Tribunales ordinarios.

Esta actitud parece correcta, pero se contradice, desde luego, en otro amplio repertorio de sentencias, en las que se hacen en la misma vía contencioso-administrativa terminantes declaraciones del carácter municipal de los bienes, frente a las pretensiones de los vecinos, de que se trata de bienes privados:

— Así la sentencia de 27.9.1870 que considera que el titular del censo es el Municipio no obstante que en la escritura de constitución figura que es en favor de los vecinos, y éstos, además, han garantizado su pago "hipotecando cada uno de ellos una finca de su propiedad particular".

— Las sentencias de 23.3.1872 y 25.4.1874 declaran de propiedad municipal ("de propios y comunes de los pueblos"), y por tanto desamortizables, unas fincas adquiridas en siglos anteriores por los vecinos.

— La sentencia de 7.7.1871 declara que una servidumbre está constituida "a favor de un pueblo o corporación" (artículo 7, Ley 15.6.1866), y por tanto redimible, no obstante que en la escritura de concordia en que se encuentra reconocida consta que es a favor de los "vecinos y habitantes de la villa de F. ... que hoy son y por tiempo serán".

— Las sentencias de 13.11.1871, 30.10.1873 y 24.12.1873, aunque excluyendo de la desamortización las fincas en litigio, no lo hacen por considerarlas de propiedad particular —habida cuenta que se prueba en autos que han sido adquiridas por los vecinos—, sino porque,

aun siendo de propiedad municipal, su enajenación está excluida en el núm. 9 del artículo 2 de la Ley de 1.5.1855, por ser de aprovechamiento común.

— Una explicación de este criterio jurisprudencial parece apuntar la sentencia de 31.1. 1871 al afirmar que cuando la Ley de 1855 declara en estado de venta las fincas rústicas pertenecientes a los Propios y comunes de los pueblos "deben entenderse de esta clase para el mismo efecto las que bajo diferentes denominaciones les correspondan". Con lo cual se insiste en el criterio de una serie de normas forestales no muy anteriores —las de 1848 la transcritas— en las que se había declarado que no era lícito considerar diferentes a los montes del común de vecinos de los montes de las parroquias gallegas.

Carácter excepcional tiene la sentencia de 10.7.1872, en la que para unos supuestos de hecho muy similares a los de las anteriores, y no tratándose de montes gallegos, sino de dehesas extremeñas (en los pueblos de Bohonal de Ivor y Talavera la Vieja en la provincia de Cáceres) declara el carácter civil y privado de los derechos de los vecinos. El planteamiento de la cuestión había sido el tradicional: pretendida la desamortización de un censo, los vecinos alegaron su improcedencia por no estar constituido a favor del Municipio sino de ellos mismos, ya que en la escritura de concesión se había nombrado "a todos los que estaban avecindados en la villa y a los que después se avecindasen".

El Duque de Alba, titular del dominio directo, sostuvo la misma tesis, ya que

> por virtud de la carta de cesión de 1464 se desprendió el dominio útil en favor de los vecinos de la villa y lugares de su tierra, que adquirieron un derecho civil perfecto que constituye uno de los títulos de propiedad más legítimos y eficaces; que (su) objeto fue sólo fomentar el cultivo y producción de los terrenos incultos, proteger el desarrollo de la agricultura y el crecimiento de la población por lo cual decía repetidas veces que hacía aquella gracia únicamente a los vecinos, y no para

los extraños, a menos que no ganasen vecindad ... que (habiendo tenido en ocasiones diferencias con los vecinos labradores, pero no en colectividad comunal), si al frente de ellos concurrió el Concejo, que no tenía la significación de hoy, fue porque ejercía la alta tutela del pueblo y sus vecinos, mas no llevaba la representación de la villa.

El Ministerio Fiscal, por su parte, argumentó en contra, como de ordinario, que

la concesión originaria no hizo distinción de vecinos labradores, sino que comprendió a todos los vecinos, los cuales se reunieron a toque de campana para el otorgamiento de poder a los que habían de hacer la escritura ... y (en suma) que no tienen la condición de particulares en cuanto a su disfrute ni son exclusivos de los vecinos labradores, sino de propios.

Como ya se ha anunciado, el Tribunal Supremo falló en este caso la exclusión de la desamortización, y no por su carácter de aprovechamiento común, sino precisamente por tratarse de derechos privados

considerando que esta sentencia fijó ejecutoria e irrevocablemente de un modo claro y terminante la naturaleza de propiedad particular y no corporativa de estos bienes... y considerando que la índole misma de los pastos y convenios consignados en la concordia de 1576 están especial y de tal modo conexionados con la cualidad personalísima de vecinos del pueblo, que sin ellos no es posible conservar ilesos los recíprocos derechos y obligaciones de ambos contrayentes.

Dejando aparte este caso excepcional (excepcional más por su fallo que por sus considerandos, un tanto marginales y descoloridos), y reanudando el hilo de la exposición, creemos queda ya suficientemente claro que no es el origen el que ha dado lugar a esta diferente evolución de los bienes comunales castellanos por una parte, y por otra de los gallegos: siendo idéntico el origen y surgiendo posteriormente la diversificación, aún queda en pie la pregunta de la razón de ésta.

A nuestro modo de ver, la respuesta ha de buscarse en las peculiaridades del sujeto. En Galicia, por un extraño fe-

nómeno no muy explicado (26), el antiguo común de vecinos no ha evolucionado como en el resto de España para ser sustituido por el Municipio (como queda explicado en otro lugar) y siguen siendo los vecinos los titulares de los aprovechamientos vecinales de la misma manera que lo eran en Soria en el siglo XIII. Lo que sucede es que en Soria y sin ningún motivo directo y concreto, simplemente como resultado de la evolución de los tiempos, la titularidad dominical pasó de los vecinos al Municipio, para constituir los bienes que hoy llamamos comunales.

La peculiar repartición geográfica de la población gallega ha contribuido no poco a este fenómeno: mientras que en Castilla la población se agrupa casi sin excepción en las villas y pueblos, facilitando la identificación de las estructuras administrativas y las sociales, en Galicia la población se encuentra repartida de tal manera que no es posible encajarla en las células administrativas municipales ordinarias, y los caseríos, parroquias y entidades locales menores facilitan, como es notorio, el alejamiento de la intervención administrativa. Es verdaderamente llamativo como estos presupuestos sociológicos han pasado a la indiferenciada conciencia jurídica popular y han terminado por lograr un cauce de expresión en la jurisprudencia. Cuando en Galicia los vecinos vienen aprovechando durante más de treinta años un monte, los Tribunales imputan la propiedad del mismo a los vecinos, en cuanto grupo social; pero cuando lo mismo sucede en Castilla, ni siquiera se plantean los Tribunales el problema y el bien se considera como comunal. En este sentido puede afirmarse la paradoja de que los montes en mano común de vecinos en Galicia —que tanto llaman la atención a los autores— es una creación jurisprudencial.

(26) Y que no es solamente jurídico: el gallego es un castellano no evolucionado; la tradición tiene allí un raigambre único; los economistas han hecho observar, por ejemplo, que es la región de Europa donde se conserva con mayor intensidad el cultivo del nabo, tubérculo medieval básico, al que sustituyó la patata a partir de la Edad Moderna. Huelga decir que estas observaciones no tienen el más mínimo carácter peyorativo, mejor dicho, no son un juicio de valor (que en caso de serlo, merecería ser positivo), sino constatación de un hecho.

En todo caso, y como es obvio, no todos los montes gallegos son de mano común. Repasando la jurisprudencia procedente de esta región se encuentran nuevas pruebas de la existencia de montes comunales. Si partimos de la base de que gran parte de los litigios que surgen sobre estos montes expresan una tensión entre los vecinos —que afirman su independencia— y los Ayuntamientos —que pretenden intervenir—, la declaración de que el monte es de los vecinos implica un triunfo de éstos sobre el Ayuntamiento, pero con mucha frecuencia ha ganado la mano éste a aquéllos, y cuando surge el litigio, el Tribunal reconoce el carácter comunal del monte. Así la sentencia de 22.12.1954 de la Audiencia Provincial de La Coruña *(Foro Gallego,* núm. 101, 1955):

> Que el carácter comunal del monte "Do Castelo" de que se viene tratando, surge, de manera principal, mientras contradictoriamente y en el juicio ordinario que corresponde, no declaren los Tribunales otra cosa, de su inclusión en el inventario de bienes del Ayuntamiento de Boqueijón, en el que figura desde el año 1946 —folio 24—, pues si el solo hecho de que esté inventariado un bien inmueble basta para que, según el artículo 199 de la Ley referida pueda —y deba— ser inscrito por aquél en el Registro de la Propiedad mediante presentación de la certificación en que así conste, es porque ello se reputa medio de prueba, de su amarillamiento en los registros municipales desde el año de 1944, del pago de la contribución territorial que satisface la Entidad local por dicho terreno y, en fin, de la circunstancia que el testimonio de numerosos testigos constata, de ser aprovechado y disfrutado en común por el conjunto de vecinos de las comarcas de Loureda, Lamas y Vigo; todo lo cual hace estimar que hasta el 23 de junio de 1952, en que, según queda expuesto, incorporaron a su patrimonio los actores, conconsiderándolo propiedad de su pertenencia, el terreno de litis, la entrada de aquéllos en el mismo no tenía otro fundamento que el carácter de usuarios que, como vecinos, ostentaban, pero no el de poseedores ni tenedores con posesión o tenencia que proteja el derecho privado y de que tratan los artículos 446 del Código Civil y 7.651 de la Ley de Enjuiciamiento.

Pero lo que ofrece mayor interés para nosotros, en el momento de determinar la intervención administrativa, no es este caso extremo de los montes propiamente comunales,

sino el de los de mano común de vecinos, a los que se reconoce de algún modo la intervención administrativa. Por lo pronto, esto ya es un "hecho" que se percibe en los textos de algunas sentencias. Así en una de la Audiencia Provincial de La Coruña, publicada en el núm. 88, 1953, pág. 409 de *Foro Gallego*, en que se describen unos

> montes de origen posiblemente señorial, por múltiples causas quedaron como otros muchos montes de Galicia adscritos al servicio de los vecinos de la parroquia, desde tiempo que la memoria de los hombres no alcanza, siendo su destino proporcionar a dichos vecinos leñas para sus fuegos y esquilmos para sus campos ... razones por las que deben considerarse del común de vecinos ... en cuyo aprovechamiento continúan aquéllos *bajo la tutela del Ayuntamiento en cuyo término dichos montes están sembrados.*

Ahora bien, este retraso —por así llamarlo— en la evolución jurídica de los montes gallegos, ha sido recuperado bruscamente en los últimos años por una legislación que al asignarles una regulación normativa (durante tanto tiempo ansiada) lo ha hecho —contra lo que se esperaban los vecinos, desconocedores de la evolución histórica— en un sentido de fuerte intervención administrativa, hasta tal punto que se han venido a asimilar prácticamente, como vamos a ver enseguida, con los bienes comunales típicos.

La legislación de montes.

La Ley y el Reglamento de Montes suponen una transformación radical en la normativa de este tipo de montes. El deseo de que encontrasen una acogida legal, desde hace tanto tiempo expresado, se ha visto al fin realizado, aunque quizá el precio exigido haya sido en el sentir de muchos demasiado costoso. Porque el legislador ha acelerado el proceso de la intervención administrativa —o si se quiere de la substitución del común de vecinos por la personalidad municipal— ordenando su "vinculación" a los Ayuntamientos respectivos (artículo 4, 3 de la Ley y 23 del Reglamento).

La expresión que ha escogido el Legislador —vincular— no puede ser más equívoca, y ha producido justificada perplegidad en los autores.

En un informe (no publicado) de la Cámara Oficial Sindical Agraria de la Provincia de La Coruña se hacía la siguiente interpretación:

"la vinculación ... no puede querer significar que tales intereses privados sean representados o involucrados en los Ayuntamientos, al menos por derecho propio, ya que esto significaría el contrasentido de confiar la representación de unos intereses reconocidos a quien los tiene opuestos, ya que por esencia el Ayuntamiento ha de defender contra la pretensión de los particulares, la titularidad pública de los montes. Tampoco puede interpretarse esta frase "vinculación" como la pretensión legal de un cambio en la naturaleza de la propiedad de los montes gallegos, haciéndolos pasar de privados a públicos. No hay norma jurídica que en forma implícita o por vía interpretativa, sea capaz de provocar tal cambio sin que al mismo tiempo mande acudir al expediente de la expropiación. Y aunque explícitamente se dijera este absurdo jurídico, habría que tomarlo con reservas, dada su contradicción con las leyes fundamentales del Reino. Por todas estas razones, esta Comisión Sindical entiende que la vinculación de que se habla en el Precepto que comentamos, se refiere únicamente a una vinculación administrativa, o a un respeto a los intereses generales del Municipio, así como a una participación en los rendimientos económicos, cuando exista base jurídica para ello sin merma del derecho de propiedad privada, y por todo ésto da cauce reglamentario a tal vinculación, así entendida".

Benito GONZÁLEZ PÉREZ (27), con mayor agudeza, sostiene la tesis contraria:

Si bien el artículo 23 RM habla de "montes pertenecientes a los vecinos de las consuetudinarias demarcaciones parroquiales", es de notar que la pertenencia que aquí se menciona se referirá forzosamente a los aprovechamientos, ya que en definitiva está contemplando una figura jurídica análoga, tanto en su origen como en su desarrollo, a los montes comunales, y si así no fuera no sería este artículo congruente con el 21 y 22 del

(27) "Una sentencia sobre montes en mano común", *Certamen*, núm. 251, 1962, págs. 501 y sigs.

mismo, ni siquiera con el nombre de la sección que le sirve de denominación. Si consideramos que estos montes están regulados en la sección primera "montes públicos" y que lo son por las personas a que pertenecen (art. 8.º, R M.), hay que concluir que ello es bastante para afirmar que estamos en presencia de montes cuya *propiedad pertenece a la Entidad Local*, que estamos en presencia de montes públicos, solución por otro lado análoga a la de los montes comunales ... Pero hay más: Al configurar a estos montes como públicos, la ingerencia de la Entidad administrativa no es en concepto de medida de policía, sino de garantía para los vecinos presentes y especialmente de los futuros ... Este artículo configura una *propiedad pública municipal, con aprovechamiento en mano común por parte de los vecinos.*

La misma opinión han sostenido luego DÍAZ DE LA RIVA y GUERRA-LIBRERO (28):

Después de la novísima regulación positiva los llamados montes en mano común de vecinos de Galicia constituyen una propiedad pública, es decir, pertenecen a los Municipios o a las Entidades locales menores en cuyas demarcaciones territoriales estén sitos, pero en el disfrute o aprovechamiento de los mismos tendrán una justa participación los vecinos con derecho a ello, sin perjuicio de los intereses generales de la respectiva Entidad Municipal.

La Ley y el Reglamento de Montes —forzoso es reconocerlo— han evitado conscientemente la espinosa cuestión de la propiedad de estos montes y la labor interpretativa no resulta nada fácil. Los argumentos de B. GONZÁLEZ PÉREZ son de gran peso, aunque no sean decisivos, ya que la única razón decisiva es precisamente la que falta: una declaración expresa del legislador. En todo caso no hay que relacionar el término "vinculación" con el problema del dominio, porque en tal hipótesis las consecuencias no podrían ser más extrañas, ya que —fíjese bien— tal vinculación no es al Municipio, como sería lo lógico, sino a un órgano: el Ayuntamiento (29). Si se pudiese leer "vinculación al Municipio"

(28) *Montes*, 1963, págs. 75 y sigs.

(29) ¿Será que el legislador emplea indiferenciadamente los términos órgano y persona? Así parece hacerlo a lo largo de todo el artículo 23. En cuyo número primero dice: "a su Ayuntamiento o a las entida-

donde se dice "vinculación al Ayuntamiento" podría afirmarse con bastantes posibilidades la titularidad dominical de aquél.

Pero este no es evidentemente el caso. El Reglamento no corrigió el hipotético error, sino que recalcó su sentido, aclarando que la vinculación sería "a los efectos siguientes". Efectos administrativos de carácter operativo, que caen efectivamente dentro de la competencia de un "Ayuntamiento" o de una "Junta vecinal", a saber: la reglamentación del disfrute vecinal, medida que, en último extremo, podría ser de simple policía o, mejor aún, de gestión de intereses, tal como declara el artículo 5 de la Ley de Régimen Local:

> Los Ayuntamientos ... son Corporaciones a las que corresponde el gobierno y administración de los intereses públicos peculiares de su territorio

con lo cual debería abundarse en la tesis de la Cámara Oficial Sindical Agraria de La Coruña.

No obstante, a nuestro modo de ver, el Reglamento de Montes ha delatado *inconscientemente* que en el ánimo del legislador la titularidad dominical corresponde al Municipio. Nos referimos concretamente al apartado 3 del artículo 23, que dice así:

> Cuando se trate de montes objeto de consorcio para su repoblación entre el Estado, las Diputaciones Provinciales y las *entidades titulares, de los comprendidos en este artículo,* deberá quedar precisada en las bases del consorcio, la proporción en que se distribuirá la participación de la *entidad titular,* especificando la parte que corresponda de ella a dicha *entidad* y a los *vecinos con derecho a disfrute.*

Aquí nos encontramos con que: 1) Los vecinos tienen derecho al disfrute y no a la propiedad. 2) La titularidad corresponde a la Entidad (y no al órgano).

---

des locales menores", mientras que en el segundo, con más homogeneidad, dice: "Ayuntamientos o, en su caso, las Juntas vecinales de las entidades locales menores". Por otro lado, la palabra "vinculación" quizá sea un eco del Derecho italiano en el que ya existe una terminología consagrada en este sentido: vínculo forestal, vínculo paisagístico, etc.

Y la consecuencia ha de ser que nos inclinamos por la tesis de B. GONZÁLEZ PÉREZ, es decir, que se trata de una propiedad municipal y de un derecho de aprovechamiento de los vecinos.

Ahora bien, como estas notas son precisamente las que caracterizan los bienes comunales típicos, hemos de aceptar también que en la actualidad esta naturaleza tienen los hasta ahora peculiarísimos montes en mano común de los vecinos de Galicia; cuyo destino ha sido, por tanto, bien paradójico: han tenido vida mientras han sido desconocidos por la ley, y cuando ésta se ha ocupado de ellos ha sido sencillamente para aniquilarles. La esperanzadora promesa del artículo 4, 3 de la Ley ("la presente Ley reconoce y reglamentará la existencia... de montes pertenecientes en mano común a los vecinos") ha cuajado en una terminante orden de extinción, que pudiera sintetizarse así: los llamados montes de mano común de vecinos se considerarán montes comunales.

Este criterio legal podrá ser aplaudido o censurado, pero no puede dejar de ser admitido. Comprendemos que con él se hieren sentimientos tradicionales y se quebranta un ideal jurídico-económico por el que han luchado tenazmente los campesinos gallegos durante muchas generaciones. Pero dejando este plano emocional y limitándonos a los aspectos lógicos y jurídicos, para nosotros esta medida ha sido muy acertada y, además, apenas si se ha perjudicado a los intereses de los vecinos, puesto que la afectación de los bienes a los aprovechamientos vecinales aproximaba mucho su régimen en la práctica, como hemos visto, a los bienes comunales (30):

---

(30) Esta observación general no significa desconocer los intereses muy positivos que puedan tener los vecinos en casos concretos al mantenimiento de la situación de mano común y no comunal. Los continuos litigios que siempre ha habido para afirmar aquel carácter son la mejor prueba de ello; aunque también es verdad que en muchos casos lo que los vecinos pretendían en el fondo era una desafectación, incompatible tanto con el régimen comunal como con el vecinal.

a) El interés económico básico del régimen anterior estaba constituido por el derecho y ejercicio de los aprovechamientos y éstos se respetan íntegramente en el régimen actual. b) Teniendo en cuenta que la "forma" de realizarse los aprovechamientos comunales es la consuetudinaria, es lógico que su mantenimiento no pueda considerarse como un perjuicio para los interesados (31). c) Careciéndose, como se carecía antes, de la facultad de enajenar y de dividir, nada altera la situación anterior el carácter de inalienables e imprescriptibles de los bienes comunales. d) Y si se argumenta que los bienes comunales por no uso se convierten en propios, cosa que no sucede con los bienes particulares, piénsese que en éstos también el no uso puede producir efectos similares, si es que la falta de interés económico de los beneficiarios provoca el abandono o da lugar a usucapión por parte de extraños. e) En cambio, la consideración de comunales implica algunas ventajas notables: unas derivadas de la particular protección jurídica de que gozan, encomendada, además, al Municipio, y otras, en fin, por su exención contributiva. Parece ser que buena parte de los montes de mano común en Galicia están sujetos en la actualidad a una contribución muy reducida (que, en ocasiones, paga incluso el propio Municipio), hecho debido en gran parte a la indecisión del Ministerio de Hacienda frente a unos bienes de naturaleza muy poco clara. Pero piénsese que esta situación —que por otra parte, no es general— hubiera podido cesar algún día, mientras que la exención actual es extremadamente eficaz.

Con las condiciones que anteceden se ha pretendido poner de relieve las más importantes consecuencias de la integración de los montes de mano común dentro de los comunales; pero con ésto no se ha terminado su estudio ya que la legislación forestal no se ha limitado a hacer esa declaración

---

(31) La intervención que la legislación de montes da a los Ayuntamientos en esta regulación parece constituir una amenaza a las formas consuetudinarias; pero entendemos que este artículo sólo es de aplicación cuando intervengan efectivos "intereses generales y, además, siempre queda garantizada la "justa participación de los vecinos".

(implícita), sino que, además, ha regulado algunas peculiaridades verdaderamente importantes:

A) El régimen de repoblación por consorcio (art. 23, 3 RM), cuyo desarrollo no es propio de este libro, y a nuestro Derecho de Montes, de próxima aparición, nos remitimos.

B) El régimen de intervención administrativa en defensa de los intereses generales del Municipio.

C) La determinación de grupos de beneficiarios con criterios geográfico-administrativos. En los bienes comunales —con las salvedades del artículo 192, 4 LRL— los beneficiarios suelen ser *todos* los vecinos. La legislación forestal, con todo acierto, ha tenido en cuenta las peculiaridades geográficas y administrativas de la región gallega, y a tal efecto ha precisado que en estos montes los beneficiarios pueden no ser todos los vecinos del Municipio, sino —como es el caso más frecuente (32)— solamente los de una parroquia o, más concretamente, de una entidad local, habilitándose con tal objeto la fórmula legal correspondiente.

La compilación de derecho civil especial de Galicia.

La indicada tendencia legislativa, hasta ahora de carácter forestal, se ha visto confirmada e, incluso, ha culminado en la Compilación del Derecho civil especial de Galicia, aprobada por la reciente Ley de 2 de diciembre de 1963, en cuya Exposición de Motivos se describe así el supuesto social:

> Existen en la región gallega unas formas especiales de condominio que son como instituciones de un peculiar derecho consuetudinario, y que demandan regulación adecuada en la compilación. Una de estas formas es el condominio que ejercen los propietarios de los "lugares acasarados" diseminados por el campo, sobre los "montes abiertos" o carentes de cierre, comprendidos dentro de las demarcaciones de sus respectivos términos.

---

(32) Y precisamente esto constituía una de las peculiaridades que solían invocarse en favor de la distinción de los montes de mano común.

Y en el artículo 88 se definen estos montes de vecinos como "los que pertenecen en mano común a los vecinos de la parroquia, pueblo o núcleo de población que tradicionalmente los vino disfrutando", considerándolos como un *tertium genus* entre los montes de propios y comunales, por un lado "regulados por las leyes administrativas", y los montes de particulares, por otro, "regulados por los preceptos del Código civil".

Pero, aun reconocida esta propiedad en mano común de tipo germánico a los vecinos, su regulación supone una serie de limitaciones tales —indivisibilidad, inalienabilidad, imprescriptibildad e inembargabilidad— y, sobre todo, una intervención administrativa tan fuerte, que su régimen viene a quedar asimilado en grandes rasgos al de los bienes comunales típicos.

Según el artículo 89:

> Los montes vecinales están vinculados a los Ayuntamientos respectivos, los cuales regularán su disfrute y aprovechamiento de manera que, sin perjuicio de los intereses generales de cada Municipio, reciban una justa participación los vecinos, y sin que, bajo ningún pretexto, puedan verificarse alteraciones en cuanto a los destinatarios del disfrute de esos montes.
>
> Los montes vecinales son indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables.
>
> Tendrán derecho a su disfrute todos los que tengan el carácter de vecinos cabezas de familia de la parroquia o núcleo de población que tradicionalmente los hayan poseído.
>
> El aprovechamiento será preferentemente en común. No obstante, los Ayuntamientos, si estimaren conveniente el cultivo agrícola, podrán distribuirlos, temporalmente, en lotes o parcelas, que se adjudicarán a los cabezas de familia por periodo de cinco años de duración máxima, haciendo la distribución en proporción directa al número de familiares e inversa a la riqueza de los respectivos adjudicatarios (33).

---

(33) Conforme al artículo primero del texto, estas disposiciones —al no estar comprendidas en los títulos I y II, sino en el V— sólo se aplican en el ámbito que comprende la actual jurisdicción de la Audiencia Territorial de La Coruña; con lo cual —y de modo injustificado— se excluyen de su régimen los montes de las provincias

VI. MONTES PARROQUIALES

1. Como es sabido, nuestro ordenamiento positivo admite la existencia de células inframunicipales con personalidad jurídica propia: las entidades locales menores. Por lo que a nosotros afecta, ninguna particularidad aparece cuando la propiedad de un bien comunal es imputada a una entidad local menor en lugar de un Municipio. Aquí nos encontramos ante un bien comunal rigurosamente típico y exactamente igual que los demás, ya que las diferencias perceptibles no tienen relevancia jurídica, desde el momento que la entidad local menor tiene plena capacidad para poseer bienes y para administrarlos.

En los que denominamos montes parroquiales la situación va ser, sin embargo, muy otra: aquí no entran en juego entidades locales menores (cuya existencia se encuentra reconocida y regulada por el ordenamiento) sino otras células más primarias y reducidas —parroquias, barrios, aldeas, anexos, pueblos, anteiglesias— cuya diferencia jurídica con las anteriores es esencial: mientras que aquéllas están dotadas de personalidad jurídica, éstas son meras agrupaciones sociales que no han querido, o no han podido, adquirir el rango de personas jurídicas. Pues bien, cuando los vecinos de una de estas células primarias o meras agrupaciones sociales están disfrutando de hecho y con carácter exclusivo un bien (ordinariamente un monte) nos encontramos ante un monte parroquial. En toda España, y especialmente en las regiones del Norte, son abundantísimos estos supuestos, y en general puede apreciarse que a una estructura local fraccionada —municipios formados por entidades locales menores y parroquias—

---

limítrofes, León y Asturias principalmente, en los que se dan, como es notorio, características muy similares a las de los gallegos propiamente dichos.

suele corresponder una estructura económica muy rica en tales bienes y montes.

Los caracteres sociales típicos de esta variedad de montes parroquiales, que acaba de aislarse, son, pues, muy sencillos: un monte de cuyos productos se benefician únicamente ciertos individuos del término municipal, topográficamente localizados: los vecinos de una de las parroquias que integran el Municipio. Nuestra labor va ser ahora determinar los caracteres jurídicos de los mismos y su régimen.

Pero antes conviene hacer una aclaración de orden sistemático. En cuanto en los montes parroquiales no son titulares *todos los vecinos* del Municipio, es evidente que nos encontramos ante unos bienes comunales atípicos, cuyo lugar de estudio parece hubiera debido ser el capítulo anterior. Esto es cierto; pero hemos creído más conveniente estudiarlos en este lugar, ya que su régimen —como vamos a ver seguidamente— presenta grandes analogías con los de algunos montes vecinales, hasta tal punto que no es raro que se confunda a unos con otros. Y por esta razón bien sencilla: en uno y otro caso los beneficiarios son un conjunto de personas físicas vinculadas por relaciones jurídicas y sociales de naturaleza diversa, pero que en ningún supuesto llegan a integrar de modo exclusivo una entidad jurídico-administrativa con personalidad propia: el Municipio. Confusión que viene agravada, además, con cierta frecuencia por la circunstancia de que los titulares de un monte vecinal son al tiempo los vecinos de una misma parroquia. Esta coincidencia es puramente circunstancial: los titulares de un monte vecinal pueden ser vecinos de varias parroquias o sólo una parte de los vecinos de una parroquia; pero es el caso que de hecho esta coincidencia es muy frecuente y ha provocado —en definitiva— la similitud de régimen jurídico a que hemos aludido.

2. La Ley Municipal de 1877 previno y reguló satisfactoriamente este supuesto, al ordenar en su artículo 90 que

los pueblos que, formando con otros término municipal, tengan territorio propio, aguas, pastos, montes o cualesquiera derechos

> que les sean peculiares, conservarán sobre ellos su administración particular.

Administración que habría de consistir, según el artículo 91, en

> una Junta que se compondrá de un Presidente y de dos o cuatro vocales, elegidos directamente uno y otros por los vecinos del pueblo y de entre ellos mismos. Serán cuatro los vocales para los pueblos de sesenta o más vecinos, y de dos cuando sea menor el vecindario.

Estas Juntas se encontraban sujetas a la inspección del Ayuntamiento del Municipio por imperativo del artículo 95.

3. Pero a partir del Estatuto Municipal de 1924 se abandonan estas disposiciones y con un criterio más riguroso parece exigirse la personalidad jurídica como requisito indispensable para la titularidad de bienes. Bien es verdad que dentro de la sistemática legal esta exigencia no era un obstáculo insuperable, dada la posibilidad que tenían las parroquias de convertirse en entes locales menores, y obtener así la necesaria personalidad jurídica; pero es un hecho que buena parte de ellas no han dado este paso y se encuentran ahora ante una difícil situación, pues con Junta administrativa (heredada más o menos clandestinamente del régimen de 1877), o sin ella, no parece haber solución al problema de la titularidad dominical ni al de los aprovechamientos.

Como ha señalado RODRÍGUEZ MORO (34), "parece de razón

---

(34) En un comentario monográfico, tan breve como ajustado, aparecido en la *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 132, 1963, págs. 890-893, bajo el expresivo título de "Los pueblos no constituidos en entidad local menor pueden tener el aprovechamiento exclusivo de bienes del común de vecinos". Debe llamarse la atención a este propósito sobre un magnífico renacer de los estudios sobre los bienes comunales, que estamos viviendo. En el intervalo de unos pocos meses han aparecido recientemente una serie de artículos —de Benito GONZÁLEZ PÉREZ, GARRIDO FALLA, MARTÍNEZ-RISCO y éste de RODRÍGUEZ MORO— cuya finura jurídica supera, sin género de dudas, a toda la bibliografía española existente sobre el tema. Y lo curioso es que todos han llegado a sus conclusiones por caminos separados, desconociéndose recíprocamente.

que los núcleos sociales no puedan ser centro de atribución de derechos y obligaciones en la relación jurídica si no están aceptados como personas jurídicas por el derecho positivo vigente, pues carecen de órganos que los personifique y represente. Pero he aquí que la realidad se impone y la norma legal, el derecho es la vida, debe recoger estas situaciones y regularlas. Y es lo cierto que existen lugares, aldeas, parroquias, etc., que, sin estar constituidos como entidades locales menores, vienen conservando el aprovechamiento de ciertos bienes del común de vecinos que les pertenecían desde tiempo inmemorial, y que es de razón que los sigan disfrutando exclusivamente aquellos núcleos vecinales, que si inicialmente tenían reconocida una personalidad jurídica pudieron acaso perderla por consecuencia de la evolución producida en el modo de determinar y fijar el concepto legal del Municipio, pero que, en todo caso, no debe perjudicar unos intereses de siempre unidos a determinado grupo vecinal".

4. En este punto la sentencia de 23.4.1963 ha venido a ofrecer unas posibilidades de solución, hasta hace poco inimaginables:

a) Por lo pronto, reconoce a estos núcleos sociales de población una cierta personalidad jurídica. Así, frente al recurrente que sostiene que un anexo (o parroquia) "carece de personalidad jurídica con arreglo a los artículos 35 y 37 del Código civil y 10 LRL que no reconocen otras corporaciones que el Municipio, la entidad local menor y las agrupaciones o mancomunidades de municipios ... (y) que (por tanto) a falta de capacidad para poseer bienes a tenor del artículo 38 del Código civil no puede ser sujeto de derechos", el Tribunal Supremo argumenta

> que en el examen de lo así argüido no es por de pronto compatible la tesis sustentada de la plena incapacidad posesoria de los entes inferiores a los enumerados por el articulo 10 LRL, porque si éstos se enuncian ciertamente como los tipos normales investidos de la plena atribución en cada clase, la misma Ley en el artículo 23 detalla *otros de menor personalidad pero que indudablemente la tienen,* pues que el precepto reconoce explí-

citamente de tales a los barrios, anejos y semejantes que forman núcleo separado de edificaciones, familias y bienes... Estos núcleos de población pueden solicitar la constitución de entidad local menor, pero si no lo piden ni se resuelve, lo que no cabe desconocer es la existencia legal que en una u otra forma siempre tienen con sus bienes; existencia en Derecho proclamada idénticamente en el capítulo V del Reglamento de Población y demarcación territorial de las entidades locales de 17.5.1952, en el que el artículo 47, regla 3.ª, refiere el término jurisdiccional de la entidad local menor que pudiera formar el anejo o el barrio que la instituya, a los terrenos patrimonio de los vecinos y a los del propio ente, luego se reconoce la aptitud y capacidad para poseerlos con anterioridad e incluso su posible funcionamiento en concejo abierto...; criterio también informante de los artículos 21 y 22 del Reglamento de Montes de 22.2.1962 de ulterior publicación, por lo que la *pretensión de la demanda de negar en absoluto al nombrado anejo su personalidad en derecho contra la realidad no puede prevalecer* (35).

b) La sentencia no hace ninguna declaración expresa en materia de titularidad dominical, "pues de tal extremo no se reclama y el Tribunal ha de moverse dentro de los límites que le marca el artículo 43 de la Ley de esta Jurisdicción"; pero nosotros creemos que este punto está aceptablemente aclarado en el artículo 22 RM:

en las inclusiones a que se refiere el artículo anterior ("terrenos rústicos de índole forestal que de hecho vengan aprovechándose consuetudinariamente por los vecinos de una localidad") se asignará la titularidad a la entidad local a la que pertenezca el núcleo de población que venga aprovechando el monte (36).

(35) Esta tesis de la personalidad de rango menor es dogmáticamente muy discutible, pero en todo caso muy eficaz y de una formidable audacia. El Tribunal Supremo sigue manteniendo hoy —en esta materia de los bienes comunales— el mismo criterio progresivo que le ha caracterizado desde su misma creación.

(36) Lo cual no supone que este artículo haya resuelto definitivamente las cuestiones de propiedad, puesto que se refiere solamente a las inscripciones en el Catálogo de montes; pero es una expresión muy significativa del criterio del legislador. Por lo demás, la sentencia advierte en su anteúltimo considerando que sus declaraciones están hechas "sin perjuicio del derecho de que se crea asistido el interesado para interponer acciones contra la titularidad del Catálogo ante los Tribunales civiles en el juicio declarativo de propiedad".

c) Resulta de esta manera en favor del Municipio la cuestión de la titularidad dominical, ¿cuáles podrán ser, entonces, los efectos de la cuasipersonalidad que reconoce el Tribunal Supremo al núcleo social del anexo o parroquia? Sencillamente, la posibilidad de atribuir la titularidad de los aprovechamientos a sus vecinos con exclusión de los demás vecinos del término municipal.

> Tampoco se muestra ilegalidad alguna en la especificación del núcleo de población a que corresponda el aprovechamiento sobre todo cuando aquél no coincide exactamente con el conjunto de ellos vecinos, ya que, por el contrario, el articulo 4.º y el 16 de la citada Ley de Montes mandan se determine en el catálogo quienes sean los beneficiarios ni con ello se invade la atribución municipal, pues el aprovechamiento y disfrute de bienes comunales en explotación colectiva o comunal que dispone el articulo 192 LRL que se invoca, queda respetado, claro que entre los vecinos a que se asigne la participación.

En definitiva, los prolijos razonamientos del Tribunal Supremo lo que han hecho ha sido prestar una base dogmática a la declaración legal de los últimos párrafos del citado articulo 22 RM: "(en el Catálogo se consignará) la circunstancia de que el aprovechamiento del Monte corresponde exclusivamente a los vecinos del núcleo de población de que se trate, aunque no esté legalmente constituido en entidad local".

5. Para todo lo que antecede hemos partido de la base de que son indudables los aprovechamientos exclusivos por parte de los vecinos de la parroquia. Pero ¿y si estos aprovechamientos, aun siendo predominantes, no fuesen exclusivos? ¿Y si participan en ellos de alguna manera los vecinos de otras parroquias del término municipal? En este punto puede la realidad ofrecer una serie casi infinita de variantes; por lo tanto no puede darse una respuesta apriorística sin atender a las circunstancias del caso concreto. No obstante, pueden señalarse, cuando menos, tres hipótesis:

Primera. Se trata de un bien comunal típico: Titularidad municipal y aprovechamiento de todos los vecinos. Pero en

este caso se exige que los vecinos estén actuando en un pie de igualdad subjetiva, sin discriminación alguna por su pertenencia a una u otra parroquia.

Segunda. Se trata de una comunidad de vecinos (cuyo concepto quedó establecido en el capítulo anterior) constituida entre los vecinos de varias parroquias.

Tercera. Se trata de un monte parroquial gravado por una servidumbre establecida a favor de los vecinos de la otra parroquia.

6. La sentencia de 15.10.1963 ha abordado recientemente el problema de la legitimación en un caso de reivindicación de montes parroquiales, y llega a la conclusión de que, sin perjuicio de la legitimación que pudiera considerarse ordinaria del Alcalde del Municipio, también lo están los propios vecinos en cuanto para ellos la existencia de los montes y el reconocimiento de su derecho a los aprovechamientos constituye un interés legítimo que les habilita para su defensa procesal (37).

---

(37) Algunos aspectos de la problemática de estos montes parroquiales es estudiada también en el capítulo XII, epígrafe VIII, páginas 641-643, y sobre todo en el epígrafe IX del capítulo XIV, a los que nos remitimos, debiendo considerarse lo que allí se dice como complemento sistemático del presente texto.

CAPITULO DECIMO

INALIENABILIDAD. DESAFECTACION

I.—Evolución histórica.

II.—El fundamento de la inalienabilidad.

III.—La inalienabilidad como limitación de la facultad de enajenar.

IV.—Desafectación.

V.—Enajenación.

VI.—Expropiación forzosa.

I. EVOLUCION HISTORICA

Las características dogmáticas de la inalienabilidad, propia de los bienes comunales (art. 188 LRL y 94 RB), se encuentran englobadas, en lo fundamental, dentro de la teoría general de la inalienabilidad del dominio público. La cual cuenta, por cierto, en España con una literatura excepcionalmente valiosa (1), que hace innecesaria cualquier exposición doctrinal de tipo sumario, como correspondería a este trabajo y a este capítulo. Esta, a primera vista, falta de independencia dogmática no implica, sin embargo, carencia de historia propia, que —como vimos en su lugar, al que nos remitimos— ha sido más interesante y accidentada, incluso, que la del dominio público. Para no complicar el método de exposición seguido (que se limita aquí a un tratamiento jurídico-legal del tema), también debemos remitirnos a otros lugares —concretamente al capítulo dedicado a la recuperación de los bienes comunales— donde aparecen datos histórico-legales sobre la materia.

En el Derecho romano fue establecido el principio de la inalienabilidad (2) —y en consecuencia las normas prohibitivas de las enajenaciones y de la usucapión— mirando exclusivamente la protección del uso general, que con tales actos

---

(1) Nos referimos particularmente a la monografía de CLAVERO, "La inalienabilidad del Dominio público", en el núm. 25 de la *Revista de Administración Pública,* 1957. (Hay edición separada en el Instituto Garcia Oviedo de la Universidad de Sevilla).

(2) Una idea de su importancia nos la proporciona el dato de que una de las grandes clasificaciones de las cosas se realiza, a partir del derecho bizantino, sobre el criterio de la alienabilidad, que —conviene advertir— no es la *summa divisio rerum* del Derecho clásico. Cfr. OURLIAC y MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit,* II, *Les biens,* 1961, págs. 4 y sigs.

se hubiera visto imposibilitado. En las cosas públicas no queda afirmada la inalienabilidad por sí misma, sino por los usos a que se dedican; de aquí que cuando la enajenación o la posesión privada no producían perjuicio al uso general y ninguno tenía interés en impedirlo, adquirían plena eficacia jurídica para crear un justo título de transmisión de la propiedad de los bienes (3). E incluso en los supuestos ordinarios admitía el Derecho justinianeo una relajación al principio de la inalienabilidad en casos de necesidad absoluta (4).

El problema de la inalienabilidad de los bienes de dominio público y comunales se enturbia gravemente durante la Edad Media, debido a la confusión que aparece entre los bienes de dominio público y los bienes del Monarca (5), con el resultado de que cuando aparecen los primeros textos legales sobre la inalienabilidad, ésta se refiere más al Patrimonio de la Corona que al del dominio público. Lo que sucede es que en el Patrimonio de la Corona se encontraban entonces bienes que hoy se consideran de dominio público (6).

---

(3) De Valles, "Inalienabilità del domanio pubblico", en *Rivista di Diritto Publico*, 1914, 2, según Clavero, *La inalienabilidad...*, cit., pág. 17.

(4) Al menos respecto de las *res sacrae*. Así, cuando el producto de la venta se destina a la redención de cautivos (C. 1, 2, 21, de 529).

(5) Parece ser que tal confusión no existió durante la monarquía visigoda. Cfr. sobre este punto Torres, "El Estado visigótico", en *Anuario de Historia del Derecho*, 1926, esp. pág. 472. Y entre los juristas, Martínez de Useros, "Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público", en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*, 1954, I, pág. 153, y López Rodó, *El Patrimonio nacional*, 1954, págs. 36-52, y ya antes Cos-Gayón, *Historia jurídica del Patrimonio Real*, 1881, págs. 11-13.

(6) Cfr. Cos-Gayón, *Historia jurídica...*, cit., págs. 14-38, y López Rodó, *El Patrimonio nacional*, cit., págs. 53-103. Este último llega a la conclusión (pág. 87) de que ni la clasificación de las Partidas ni la de Gregorio López establecen como grupo autónomo de bienes el de los de la Corona en sentido estricto, es decir, aquellos que, sin confundirse con el patrimonio estatal del reino, ni pertenecerle particularmente, están adscritos a la dignidad real y sirven específicamente al sostenimiento y decoro de su persona y casa. De aquí que no pueda hablarse propiamente de un Patrimonio de la Corona como institución real, sino sólo del Patrimonio general de la Corona entendida como reino, que agrupa todos los bienes pertenecientes al Estado. Cfr. con carácter fundamental para el Derecho francés, Pelloux, *Le problème du Domaine public: Evolution et solution actuelles*, 1932.

Lo fundamental es que la inalienabilidad del patrimonio de la Corona no pretende la finalidad que en Roma persiguió la de las cosas públicas, ni la que persigue actualmente la del dominio público, sino que tenía una faceta pública relativa a impedir la división de los reinos, y junto a ella, un deseo de evitar la dilapidación del patrimonio real, ya que las enajenaciones producían automáticamente una disminución de las rentas de los bienes de la Corona, y correlativamente un incremento de impuestos destinados al mantenimiento de la Corona y del Rey (7).

Suele citarse la Ley 5, Título XV de la Partida II como ejemplo de la inalienabilidad. Pero ésto sólo puede admitirse bajo la reserva del confusionismo medieval de conceptos o, si se quiere, de la falta de identificación entre sus sistemas y los modernos. Esta Ley no se refiere al dominio público en el sentido actual y ni siquiera a los bienes comunes de que se habla en otro lugar del mismo cuerpo, sino al Señorío Real, que podría asimilarse aproximadamente con la soberanía moderna. La Glosa de Gregorio LÓPEZ prueba esta absoluta falta de concordancia entre la Ley y el dominio público (8). El único punto de contacto sería la concepción patrimonialista del Estado. La posibilidad de cesiones se precisa con mayor detalle en la Ley 8, Título I. P. II; Ley 5, Título XV, P. II; Ley 1, Título XVIII, P. II; y Ley 9, Título IV,

---

(7) CLAVERO, *La inalienabilidad...*, cit., págs. 24-25, y GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, 1955, págs. 60-62.

(8) GREGORIO LÓPEZ en la glosa a esta ley, "que nunca en su vida", aclara, en efecto, que el Rey no puede someter el reino a servidumbre ni tampoco enajenar completamente una parte del mismo, lo que significaría mutilarse a sí mismo, es decir, amputarse alguno de sus miembros. Apoyándose en PABLO DE CASTRO, considera necesario para tales eventos el consentimiento de todos los príncipes y naturales del reino, especialmente de los individuos que se encuentran en los territorios que van a cederse, ya que se ventilan intereses sobre las generaciones futuras, y la voluntad de las presentes no puede suplir la de aquéllas.

P. V. (9). García de Enterría (10), interpretando con alguna amplitud estos textos, llega a afirmar que "la regla de la inalienabilidad es aplicable no sólo al señorío del Reino en abstracto, sino también en concreto a las regalías y cosas públicas". Por lo que se refiere a estas últimas, su formulación legal expresa podría verse en la Ley 4, tít. XV, P. II.

Pero carece de interés el detenernos en el análisis de estos textos, vista la indicada falta de equiparación que existe entre su contenido y el de la demanialidad posterior, y más aún, por lo que a nosotros afecta, entre su contenido y el de los bienes comunales o, si se quiere, de los bienes municipales. No deja de llamar la atención, por otra parte, el silencio que, salvo excepciones, guardan los fueros sobre este punto, hoy para nosotros tan importante (10 bis).

La razón se encuentra en que durante la Edad Media no se hizo cuestión del problema de la inalienabilidad de los bienes comunales. Esto era algo obvio, que se encontraba en la misma naturaleza de las cosas. *Los bienes comunales eran inalienables por naturaleza* (11). En el Derecho moderno la

---

(9) Esta última nos informa como ejemplo, que "cuando el Emperador, o el Rey, faze donación a Eglesia, o a Orden, o a otra persona qualquier, assí como de Villa, o de Castillo, o de otro logar en que oviesse Pueblo, o se poblasse después; si quando gelo dio, otorgo por su previllejo, que gelo dava con todos los derechos que avía en aquel logar, e devía aver, non sacando ende ninguna cosa; entiéndese que gelo dio con todos los pechos, e con todas las rentas, que a él solían dar, e fazer. Pero non se entiende, que el da ninguna de aquellas cosas que pertenescen al señorío del Reyno señaladamente, assí como moneda, o justicia de sangre. Mas si todas estas cosas fuessen puestas, e otorgadas en el previllejo de la donación, entonces bien passaria al logar, o a la persona, a quien fuesse fecha tal donación".

(10) En "El dogma de la reversión de las concesiones", en *Dos estudios...*, cit., págs. 57 y sigs.

(10 bis) En algunos fueros muy desarrollados, como en los de la familia Cuenca-Teruel, se determina ya un régimen especial de los bienes municipales: "Quod per annum et diem (nemo pro radice roborata respondeat). Quicumque roboratan radicem tenuerit, non respondeat pro ea die et anno transacto, *nisi fuerit hereditas concilii,* aut eclesie, *que non potest dari, nec venderi*".

(11) Por su naturaleza jurídica, no por su naturaleza física, al estilo de los *biens appartenant au domaine public par nature.*

enajenación supone, entre otras cosas, un cambio de naturaleza provocado por una alteración de destino: lo que es objeto de aprovechamiento comunal se convierte en objeto de aprovechamiento individual. Pero durante la Edad Media la enajenación no tiene sentido, porque este cambio de naturaleza se puede conseguir de una forma mucho más sencilla: la ocupación. Los bienes comunales se transforman en individuales —tal como hemos probado documentalmente— mediante la ocupación. *Por eso, los fueros no regulan las enajenaciones sino las ocupaciones.* También hemos visto que las ocupaciones tienen un límite; pero este límite tampoco puede rebasarse mediante transmisiones onerosas, ya que viene impuesto por razones del interés común, que si puede verse en peligro por ocupaciones, lo mismo puede serlo por enajenaciones.

El problema de la inalienabilidad surge por ello exactamente en el momento preciso en que los bienes del común se transforman en bienes municipales. Por otra parte, el problema se agudiza en la realidad, desde el momento en que las ocupaciones pierden así su justificación jurídica (si antes, tratándose de bienes del común, no eran más que una variación de la forma del aprovechamiento, ahora, tratándose de bienes de una persona jurídica, se procede a un auténtico cambio de titular que es, por tanto, inadmisible), y el aumento de población y de los cultivos agrícolas exige una mayor extensión de terrenos de propiedad individual.

En todo caso —volviendo a la Alta Edad Media— hay un punto que en cierto sentido implica una enajenación de aprovechamientos comunales, que sí fue objeto de una rigurosa reglamentación: me refiero a la transmisión de los bienes particulares de los vecinos, ya aludida en otro lugar. Implicando en el fondo de ordinario estas propiedades particulares un derecho a los aprovechamientos comunales, la venta de las mismas a extraños arrastraba también la transmisión de tales derechos. De aquí que —y ésto supone una confirmación de la tesis— estuviesen prohibidas o, en todo caso, rigurosamente limitadas.

Las Partidas adoptaron el principio absoluto de la inalienabilidad de los bienes del común. Así la Ley 15, Título V, P. 5.ª:

> Ome libre, e la cosa sagrada, o religiosa, o santa, o lugar público, assi como las plaças, e las carreras, e los exidos, e los ríos e las fuentes que son del Rey, o del común de algún Concejo, non se pueden vender, nin enajenar.

La glosa "los exidos" de Gregorio López plantea el problema de la inalienabilidad de los bienes de propios y de la intervención autorizante del Príncipe:

> Ea enim, quae sunt in usu publico, quae publica sunt usu, et propietate, non possunt vendi, neque sunt in commercio ... (etiam dicit Bartolus) quod civitas etiam recognoscet superiorem posset facere statutum, ut posset alienari talis res: quod dictum non crederem posse procedere, attento isto jure Partitarum, et legibus hujus Regni ... Ea tamen, quae sunt propia civitatis, quae non sunt in usu publico, vendere potest civitas de licentia praesidis civitatis, et cum ejus decreto.

Sobre este punto Castillo de Bobadilla adopta resueltamente la posición de que tales bienes quedan asimilados a los comunes y por tanto, al igual que ellos, sólo pueden ser enajenados previa información de utilidad, Decreto y Licencia del Príncipe (12).

Posteriormente la Novísima Recopilación nos ofrece una abundante serie de disposiciones relativas a esta materia; pero más bien que a la inalienabilidad del dominio público y comunal se refieren a la incapacidad de los Monarcas —por ellos mismos declarada— para proceder a su enajenación, y a las consecuencias de tal incapacidad (revocaciones). Además, no se trata de normas o principios jurídicos, sino de disposiciones referidas a hechos concretos, que pertenecen, pues, al mundo de la historia y no al de las instituciones;

(12) *Política para corregidores*, Ed. 1775, t. II, pág. 165. La exigencia de los tres requisitos de la enajenación —información de utilidad, Decreto y Licencia del Príncipe— va abonada por la mayor parte de la doctrina de la época, que allí aparece citada: Avendaño, Rolando, Pablo de Castro, Ahumada y Acevedo.

por lo tanto, debemos remitirnos a otro capítulo de esta obra, en que así se expone.

En la Edad Moderna se dan en la doctrina opiniones muy diversas, que COS-GAYÓN esquematiza de la siguiente manera: "una, que concedía a los Soberanos el derecho incondicional de donar cualesquiera propiedades del Reino, así los bienes de su Patrimonio como las ciudades y las fortalezas (PORTUGAL); otra, que sólo creía legítimo ese derecho cuando por la enajenación no resultase lesión notable al Reino (MOLINA), y otra, en fin, que negaba absolutamente la facultad de enajenar, aún cuando el daño fuese mediano, y no exceptuaba sino el caso de un perjuicio ínfimo e insignificante (VÁZQUEZ DE MENCHACA) (13).

En todo caso —como señala CLAVERO— desde la época misma de las Partidas puede apreciarse la existencia de una doble inalienabilidad: "Por una parte, la del dominio público, y por otra, la del Patrimonio de la Corona. La primera va a perdurar en el tiempo, y depurada llegará hasta nuestros días. La segunda sufrirá profundas transformaciones, sobre todo a partir de la Revolución francesa, y llegará a nuestros días, no como inalienabilidad, sino más bien como la necesidad de que para vender los bienes del Estado exista una Ley. La doctrina francesa señala el año 1790 como en el que se produce un cambio de inalienabilidad de los bienes de la Corona, consagrada por las Ordenanzas de Moulins, por la posibilidad de enajenar con Ley" (14).

El resultado es que, una vez que se diferencian con aceptable fijeza las propiedades de la Corona, el dominio público, y los bienes comunales (15), el dogma de la inalienabilidad

---

(13) *Historia jurídica...*, cit., pág. 37.

(14) *La inalienabilidad...*, cit., pág. 26.

(15) Y por descontado, la vieja propiedad del Derecho Canónico. El profesor CLAVERO ha realizado en su trabajo citado (págs. 29-31) una incursión sobre este campo, de la que aporta las siguientes conclusiones de interés: Distinción, que allí se realiza, entre bienes que han de venderse previa licencia del superior, y los que pueden venderse sin ella; distinción de quien sea ese superior según la impor-

de cada uno de ellos también corre separadamente, y a la especialidad de nuestra materia debemos atenernos ya. Con lo cual se hace posible, a partir de este momento, después de las breves referencias generales que quedan expuestas, un estudio dogmático —no ya evolutivo— del principio de la inalienabilidad de los bienes comunales, independiente de los demás bienes públicos.

II. EL FUNDAMENTO DE LA INALIENABILIDAD

La doctrina tradicional —tal como ha expuesto el Profesor CLAVERO (16)— ha sostenido tres teorías diferentes para explicar el fundamento de la inalienabilidad de los bienes de dominio público. Según ésto, la inalienabilidad puede entenderse: A) Como consecuencia de la misma naturaleza de los bienes, B) Como consecuencia de tratarse de una propiedad colectiva, C) Como resultado de la afectación. Estas tres hipótesis van a ser examinadas a continuación y, además, otras tres que ya no son propias de la teoría de los bienes de dominio público, sino específicas de los bienes comunales, concretamente: D) la inalienabilidad como consecuencia de la capacidad no perfecta de los entes locales, E) Como consecuencia del respeto a las generaciones futuras, F) Como consecuencia de un conflicto de pretensiones de titularidad entre el Príncipe y el Concejo.

A) Vayamos con la primera tesis: la inalienabilidad de los bienes comunales como consecuencia de la particular naturaleza de los mismos:

La cual no puede aceptarse —ni siquiera para los bienes de dominio público— porque envuelve una petición de prin-

---

tancia de los bienes vendidos; y rotunda nulidad de las ventas ilegítimas.

(16) En *La inalienabilidad...*, cit., págs. 31-38.

pio: Los bienes de dominio público son inalienables, y viceversa, los bienes por naturaleza inalienables son de dominio público; pero "por naturaleza" sólo podrían ser inalienables los bienes comunes —como el aire— de que nos hablaban las Partidas; lo cual, además, en todo caso, *sería más bien una consecuencia de su inapropiabilidad.* Ahora bien, cuando el progreso técnico o la densidad de población permiten la apropiación de tales bienes, inmediatamente pueden ser enajenados "por naturaleza".

B) El que la inalienabilidad sea una consecuencia, o no, de la propiedad colectiva, depende naturalmente de la admisión teórica y legal de este tipo de propiedad. Es innegable que hasta la aparición de la teoría de la personalidad de las entes morales se trataban los que hoy llamamos bienes comunales de una forma de propiedad colectiva, que justificaba su inalienabilidad. Ahora bien, esto no autoriza a afirmar que la inalienabilidad es una limitación que se imponía a tal propiedad colectiva. Se trata de algo muy distinto: lo que sucede es que la facultad de enajenación no se encuentra en el repertorio de posibilidades que tienen los comuneros sobre los bienes, *como consecuencia precisamente de la naturaleza institucional de la propiedad colectiva* (ya que no de la naturaleza de los bienes) (17).

El Ayuntamiento —dice sumariamente entre nosotros la R. O. de 9. V. 1881— carece de facultades para ceder bienes del común, de los cuales es sólo administrador.

Pero conviene hacer algunas precisiones distinguiendo diferentes hipótesis:

1.ª Dentro del grupo de vecinos es imposible toda enajenación puesto que cada uno de ellos sólo dispone de un derecho de aprovechamiento, que no es un derecho autónomo, sino reflejo de su condición de vecino. Dicho con otras

---

(17) Recuérdese lo dicho en el epígrafe V A) del capítulo VI. El derecho de propiedad colectiva del Derecho germánico tenía como único contenido el goce o aprovechamiento del objeto, pero no la disposición del mismo.

palabras: los vecinos no pueden trasmitirse entre ellos su derecho a los aprovechamientos. Además, si el aprovechamiento es ilimitado (si cada vecino, por ejemplo, puede cortar toda la leña que necesite), carece de sentido una enajenación a quien ya está legitimado; y si el aprovechamiento es limitado, nadie puede disponer de más de lo que le corresponde, y el vecino que no realice los aprovechamientos decae sencillamente en su derecho a hacerlo. El derecho individual al aprovechamiento es inconvertible: sólo tiene, pues, dos posibilidades: o se consume, o decae.

2.ª La cesión autónoma de sus derechos de aprovechamiento, no ya dentro del grupo de vecinos como en la hipótesis anterior, sino de un vecino a otro que no lo es, tampoco es imaginable. En otro lugar hemos de ver cómo incluso la cesión de *los productos aprovechados* se encuentra limitada. Y la cesión del derecho es imposible, porque el mismo, como se ha repetido, no es autónomo ya que lo único que legitima el aprovechamiento es la condición de vecino. En este punto sólo existe una posibilidad real de cesión: cuando el derecho a los aprovechamientos comunales es accesorio, por razones excepcionales, no a la condición de vecino, sino a la titularidad dominical de determinadas fincas (los bienes comunales son anexos o pertenencias de las fincas de propiedad privada), y éstas se enajenan a forasteros.

3.ª Cabe, por último, la cesión a un forastero realizada por la colectividad. Pero aquí no se trata de una enajenación, es decir, de una sustitución de titulares, sino de una admisión, o sea, la incorporación de un extraño al grupo de titulares. La vinculación de los aprovechamientos a la condición de vecino, y viceversa, es una faceta más del fenómeno general de la vinculación hombre-tierra o, mejor aún, de cultivador-tierra, tan característico de la edad Media (18).

---

(18) De aquí precisamente las restricciones impuestas a las ventas a los forasteros, a las que hemos aludido anteriormente, que aparecen en los fueros. Cuestión primariamente comunal, pero que se complica y enturbia con el elemento feudal que llega a encarnar en las Partidas (Ley X, Título XXV, P. 4), y que se prolonga hasta la Edad

C) Admitida la personalidad jurídica de los entes morales, encuentran, al fin, los bienes comunales un centro de imputación y la corporación se convierte en titular de los mismos. Al mismo tiempo se va imponiendo —con las restricciones que en otro lugar quedan indicadas— el concepto romano de la propiedad, cuya figura normal acarrea necesariamente la facultad de enajenar. En estos momentos la inalienabilidad que sigue pesando sobre dichos bienes no aparece ya como una facultad aislada de que se carece, sino como una auténtica limitación al haz genérico de facultades, que constituye la *propietas*. En tal situación el fundamento mismo de esta limitación no puede ser otro que la afectación al aprovechamiento comunal. Afectación que —téngase bien presente— aparece como recuerdo de la antigua titularidad colectiva. La afectación al aprovechamiento comunal no es sino la expresión técnica moderna de la antigua propiedad común que, en sustancia se descomponía en una facultad de aprovechamiento para cada miembro del grupo colectivo.

Estas peculiaridades de los bienes comunales hacen que no sea posible admitir respecto de los mismos la tesis de CLAVERO sobre los bienes de dominio público. Según este autor (19), la inalienabilidad garantiza la inseparabilidad de los bienes de la función pública *manteniendo, además, la titularidad administrativa* (20). Pero en los bienes comunales

---

Moderna. Cfr. GUILARTE, *El régimen señorial en el siglo XVI*, 1962, pág. 336.

(19) *La inalienabilidad...*, cit., págs. 41 y sigs.

(20) Se formula asi la tesis frente a algunos autores —como CAPITANT, en Francia, y DE VALLES, en Italia—, que admiten que no se rompe el principio de la inalienabilidad cuando se enajena, es decir, se sustituye la titularidad de los bienes, pero se mantiene la afectación al uso o servicio público. Para CLAVERO, en cambio (pág. 48), "la inalienabilidad no es sólo una garantía protectora de la afectación, sino la más rigurosa de dichas garantías, en cuanto que la protege manteniendo la titularidad pública de los bienes afectados... De aquí que, aun respetándose la afectación, pugnen con la inalienabilidad las ventas de nuda propiedad del dominio público con retención administrativa del usufructo, la venta del pleno dominio manteniendo el goce la Administración y, en general, cualquier otra enajenación

el punto de gravedad se encuentra en la forma del aprovechamiento, no en la titularidad. Esta es la tesis del presente libro y los ejemplos son muy abundantes entre los que llamamos bienes comunales atípicos.

D) Junto a estas tres soluciones que nos ofrece la dogmática del dominio público, los bienes comunales presentan, por su parte, nuevos problemas peculiares, que nos obligan a enfocar al tema desde otros puntos de vista.

Concretamente, la consideración de la personalidad pública de los entes municipales nos lleva por derroteros muy distintos si se recuerda la capitidisminución que han padecido siempre estas personas, y que hoy se expresa en los requisitos formales que precisan las enajenaciones. El papel fiduciario que juega la Administración en general es precisamente aquí, en esta materia de los bienes comunales, donde puede verse con mayor claridad: la misión de la corporación se reduce en ellos a conservarlos y transmitirlos a las generaciones posteriores.

Como es sabido, la formulación originaria de esta capitidisminución de los Entes locales consiste en su asimilación a los menores: en éste, como en tantos puntos, el Derecho público carece de técnicas propias y se ve obligado a manejar las del Derecho privado mediante un proceso de asimilación, casi diríamos de metáfora. Esta técnica proviene directamente del Derecho canónico y comporta también importantes privilegios íntimamente enlazados entre sí, concretamente la imprescriptibilidad y la restitución *(contra non valente agere...)* (21).

BEAUMANOIR (22), que recopila y comenta en 1270 la *Coutume* de Beavoisis, después de asimilar la condición de las comunas a la de los menores, deduce tres requisitos para posibilitar la enajenación

---

que implique la titularidad del bien en un particular, aunque se mantenga el destino público de los bienes".

(21) Recuérdese lo dicho sobre este particular en la página 193 y su nota 19.

(22) Citado, al igual que el siguiente autor, por HENRION DE PANSEY, *Des biens communeax...*, cit., págs. 360-364.

de los comunales: la aprobación de la potestad pública, la aprobación de los vecinos y el que se trate de alguna causa grave, ya que, en principio, debe rechazarse cualquier disminución del patrimonio comunal.

BOUTHILLIER, consejero del Parlamento de Paris con Carlos VI, cita jurisprudencia de la época de la que se desprende la siguiente doctrina: *a)* Que para la legalidad de la enajenación de un bien comunal se precisa la confirmación del príncipe. *b)* Que es necesario que la enajenación tenga una causa justa y lucrativa para la comuna. *c)* Que el adquirente no puede alegar el tiempo transcurrido desde su adquisición y que puesto que no puede alegar la prescripción, debe devolver el bien comunal indebidamente adquirido.

HENRION DE PANSEY sostiene la tesis de que la autorización precisa para enajenar correspondía al señor territorial hasta 1640, y a partir de aquella fecha, al Príncipe; pasando revista de la siguiente manera a las distintas posibilidades de transmisión:

1) Por lo pronto, la donación parece imposible, ya que *donare est perdere;* 2) La permuta puede admitirse si lo que percibe la comuna tiene más valor tanto en razón de los frutos como de las ventajas generales que puedan derivarse; 3) En cuanto a la venta, sólo es lícita si reposa sobre justa causa, al tiempo beneficia generalmente a todos los habitantes de la comuna y su naturaleza es tal que puede causar ventajas incluso a las generaciones posteriores. Ejemplos: Las tierras cultivadas de un término están sujetas a un censo. La comuna las libera mediante una suma que se ha procurado por la venta de sus comunales. Esta venta no tiene justa causa, porque todos los habitantes, sin distinción, gozaban del inmueble vendido, y la liberación de las parcelas que estaban gravadas, sólo beneficia a sus propietarios. Para pagar un impuesto extraordinario la comuna vende una parte de sus bosques: esta venta aprovecha a todos los individuos que la componen, pero no obstante, como las generaciones futuras no han de sacar ninguna ventaja, la enajenación no es justa. Pero si sería justa para construir un puente, del que evidentemente se benefician todos los habitantes (23).

En todos los momentos históricos de la legislación de cualquier país, aparecen ejemplos de este requisito de la aprobación superior de las ventas de bienes comunales: Así en el artículo 65 *d)* del *Verwaltungs-Edict* del Reino de Württemberg de 1.3.1822 (24), artículo 12 del Erlass austriaco del Ministerio del Interior de 11.12.1850

(23) *Des biens communeaux...*, cit., págs. 359-360.

(24) *Apud* WEISSER, *Das Verwaltungs-Edikt für die Gemeinden, Oberämter und Stiftungen im Königreiche Württemberg*, 2.ª ed., 1844.

y (25) articulo 7.º del *General Decret des Ober-Landes-Oekonomie-Collegiums* de Württemberg de 4.11.1808.

E) Un argumento que suele reiterarse, como hemos tenido ocasión de ver, es el de que el fundamento de la inalienabilidad se encuentra en el respeto a las generaciones futuras. Principio que ha sido recogido literalmente por algunas leyes y que fue durante mucho tiempo considerado obvio por la doctrina (26).

A nuestro juicio, esta tesis no es sino la formulación rudimentaria y un tanto ingenua del principio de que los bienes comunales no son objeto de una relación dominical ordinaria. Los juristas del Renacimiento y los que vivieron bajo su influencia en el siglo XVIII percibieron a medias esta gran

---

(25) *Apud Das Gemeindegesetz vom 5.3.1862*, 6.ª ed., Wien, 1877.

(26) "Los bosques comunales pertenecen tanto a los habitantes futuros como a los actuales, por lo que éstos, gravados con una sustitución perpetua, están obligados a transmitirles a las generaciones futuras, tal como les han recibido de sus padres." HENRION DE PANSEY, *Des biens communeaux...*, cit., pág. 315.

Muy significativo por su dogmatismo, a este respecto, es el *Erlass* austríaco de 1850, inmediatamente citado, cuyo artículo 12 dice así:

"El Municipio es una persona imperecedera, que se renueva continuamente. Su propiedad no pertenece solamente a sus miembros actuales, sino también a los futuros que en su día le compondrán. De aquí que esté prohibida su venta o su repartición que sólo puede tener lugar mediante autorización justificada del *Landtag*, sin la cual se trataría de actos inválidos, de los que nunca pueden conseguir derechos los terceros.

Pero si el Consejo comunal cree que una venta será ventajosa para la *Gemeinde* no sólo en la actualidad sino también en el futuro, y que la repartición ha de contribuir a una mejora permanente de las explotaciones, puede acordar solicitar una autorización para enajenar.

Si en términos generales es un deber del Consejo comunal actuar, no mirando sencillamente las ventajas del momento, sino el bien de la comunidad, al que deben subordinarse los deseos egoístas de sus miembros, éste deber se pone de relieve especialmente en esta materia de las enajenaciones, porque aquí pueden ocasionarse daños que no es fácil reparar, y además porque intervienen con frecuencia la avaricia y egoísmo de los particulares, que pretenden disimular sus apetitos con la apariencia del interés común.

El Consejo comunal debe aprovechar la experiencia de otros Municipios que, mediante una repartición de los comunales, han hecho ricos a algunos particulares y no se han beneficiado a sí mismos".

verdad, al determinar que no pertenecían a las generaciones presentes; pero obsesionados por atribuir un sujeto a esta relación dominical, la buscaron en las generaciones futuras. La realidad, como hemos visto, es que no pertenecen enteramente ni a unas ni a otras.

F) El problema magno de la inalienabilidad de los bienes comunales ha sido en todo tiempo la posibilidad de ser enajenados, no ya por los comuneros o por la corporación, sino por el Príncipe. Como se desarrollará en el capítulo XV, la extinción de los bienes comunales ha sido provocada históricamente, en gran parte, por las enajenaciones del Príncipe.

Desde un punto de vista doctrinal, sin embargo, la cuestión nunca ha ofrecido demasiadas dificultades. Durante la Edad Media, en el largo y confuso proceso de formación de una titularidad personificada de estos bienes, nunca pretendió el monarca seriamente arrogarse tales facultades. Y posteriormente, siempre siguió respetando la titularidad de la Corporación o del "común de vecinos". En este sentido, las ventas realizadas se presentan como auténticos despojos; y así vienen a confirmarlo las innumerables declaraciones de arrepentimiento y nulidad y promesas de no reincidir que los monarcas acostumbran a hacer presionados por los representantes de los pueblos (27).

El problema es, pues, un problema de propiedad. Por eso precisamente aparecen las zonas de fricción en los baldíos. Los baldíos —en cuanto superficies incultas y despobladas abandonadas por el enemigo— pertenecen, por prin-

---

(27) GIERKE, en *Das Genossenschaftsrecht*, cit., IV, págs. 145 y siguientes, transcribe ejemplos de la jurisprudencia europea de los siglos XVI y XVII (napolitana, romana y portuguesa concretamente), en que se reconoce también que el rey carece de esta facultad de enajenar. Según el Tribunal napolitano, allí citado, "si bien es cierto que no hay ningún derecho de propiedad que pueda oponerse a la *potestas absoluta* del Príncipe, en su *potestas ordinaria* no se encuentra la facultad de privar a una Corporación de su propiedad". (La distinción entre *potestas absoluta* y *potestas ordinaria* procede, como es sabido, de la teoría escolástica).

cipio, al Monarca (28); ahora bien, con el transcurso de los siglos los pueblos fueron extendiéndose sobre tales baldíos, y realizando sobre los mismos aprovechamientos comunes, de tal manera que el cabo del tiempo habían terminado identificándose con los comunales. He aquí, pues, que sobre una misma clase de bienes inciden dos titulares: el Príncipe, titular dominical, y el común de vecinos, titular de los aprovechamientos. En este caso es lógico que la posición del Monarca fuera más fuerte sobre estos bienes que respecto de los bienes comunales tradicionales (29). La legislación desamortizadora y repartidora de la segunda mitad del siglo XVIII es una consecuencia de esta afirmación dominical.

La legislación desamortizadora del siglo XIX *tuvo, en cambio, muy distinto carácter: en ella no sólo se admite la titularidad dominical de los pueblos, sino que precisamente se parte de la misma para aniquilarla, por considerarla un peligro económico.* Pero formalmente no se trata de un des-

---

(28) Cfr., para mayor precisión, el capítulo de esta obra dedicado a baldíos. Sobre si pertenecían exactamente al Monarca o a la Corona, cfr., para la época de la Reconquista, LÓPEZ RODÓ, *El Patrimonio nacional...*, cit., págs. 80-82, y en cuanto a las tierras ganadas a los infieles y a las potestades del Papa sobre las mismas, cfr. el mismo, págs. 82-84; y antes COS-GAYÓN, *Historia jurídica...*, cit., págs. 14-31.

(29) La diferencia no había escapado a la práctica jurisprudencial europea, a que se hace referencia dos notas más arriba. Así, en una decisión del Tribunal lisboeta se declara que el Rey, en cuanto *dominus totius Regni,* puede disponer sobre los bienes de la ciudad, donarlos o permitir que se edifique sobre ellos; ahora bien, si priva *de* un *dominium particulare,* debe indemnizar su valor. Estas limitaciones no operan, sin embargo, en los *bona communis civitatum ad usum publicum destinata,* y, en todo caso, cuando se trata de un FUNDUS VACCUS ET INCULTUS, PUES LOS BONA PUBLICA NO SON IN CIVITATES PATRIMONIO SINO NULLIUS IN BONA Y EXCLUSIVAMENTE IN UNIVERSALIS REGNIS DOMINIO. No obstante —sigue diciendo la sentencia—, sería recomendable que el Rey obtuviera licencia del Concejo, si es que se van a producir daños en las instituciones comunales. *(Apud* GIERKE, en el lugar citado dos notas más atrás.)

La tesis de la indemnización en caso de enajenaciones reales también ha sido defendida por CASTILLO DE BOBADILLA *(Política de corregidores,* I, cit. II. pág. 670): "los bienes de los pueblos no son de los Emperadores ni de los Reyes, ni ellos pueden apropiarlos a sí, ni usar de ellos, sino dando buen cambio, y recompensa con causa y por necesidad pública, por alguna gran novedad y ocasión digna de remedio muy importante al Rey y al Reino". Nos encontramos, pues, en substancia ante una rigurosa teoría de la expropiación forzosa.

pojo, puesto que el precio de las ventas se adjudica a los Municipios. Aqui operan razones de orden público —a las que están sometidas sin duda las Corporaciones, y más desde la reforma administrativa napoleónica— que se traducen en unas medidas de policía económica que desembocan en la enajenación forzosa.

III. LA INALIENABILIDAD COMO SIMPLE LIMITACION DE LA ENAJENACION.

El principio de la inalienabilidad de los bienes comunales aparece declarado solemnemente en el artículo 188 LRL:

> Los bienes de dominio público, mientras conserven este carácter, y los *comunales, serán inalienables,* imprescriptibles e inembargables, y no estarán sujetos a tributación del Estado (30).

Esta formulación legal es un tanto insólita en el ordenamiento positivo español. Por lo que afecta a los bienes de dominio público, el principio ha tenido ordinariamente un carácter doctrinal y jurisprudencial, que sólo tardíamente encontró acogida en las leyes (nótese, por ejemplo, el silencio que guarda en este punto el Código civil) (31), debido, en parte, a su carácter obvio en unos momentos en los que se deduce la demanialidad de los bienes, fundamentalmente, de su propia naturaleza. De aquí precisamente que ni siquiera se considerase preciso excluirles de la legislación desamortizadora.

---

(30) El artículo 94 del RB. reproduce el precepto, haciendo en él una leve corrección técnica, que debe alabarse: "Los bienes de dominio público y los comunales, mientras conserven su respectivo carácter, serán inalienables..."

(31) Una formulación de este principio puede encontrarse, sin embargo, en el párrafo primero del artículo 1.271: "pueden ser objeto de contrato todas las cosas que estén fuera del comercio de los hombres", entre las cuales se encuentra, indudablemente, el dominio público.

Muy distinta es, en cambio, la situación de los bienes comunales, que ahora se regulan en un mismo precepto junto a los de dominio público. A partir del momento en que su titularidad se descompuso —separada entre el Municipio y los vecinos— los bienes comunales han sido particularmente débiles a toda clase de usurpaciones y abusos, y entre ellos a las enajenaciones indebidas, por cuya razón fue preciso afirmar en todo momento el régimen de inalienabilidad. La desamortización agudizó el problema, haciéndose necesaria la exclusión expresa de estos bienes del régimen de ventas forzosas (31 bis).

En el capítulo XV de esta obra se estudia con cierto detalle el régimen de ventas al desarrollar el tema de la disolución de los bienes comunales. Pero aquí interesa subrayar, refiriéndonos concretamente a la legislación desamortizadora, que ésta no consagra el principio de la inalienabilidad, sino, más bien, el de la alienabilidad. Como ha observado GUAITA (32), los bienes que se desamortizaron en 1855 no eran antes de aquella fecha inalienables. La Ley de 1855 no derogó ninguna inalienabilidad anterior, sino que prohibió que las personas jurídicas retuvieran dichos bienes; en una palabra, que les obligó a deshacerse de ellos, y tuvieron que enajenarlos por imperativo legal. Las excepciones a la desamortización, no

---

(31 bis) Hay una sentencia muy curiosa de fecha 12.2.1895, que apoyándose en la legislación de las Partidas, distingue dentro de los bienes comunales, unos que pueden venderse y otros que son inalienables. Esta doctrina es tan discutible como sugestiva; pero no encontró eco en la jurisprudencia posterior: "Las cosas comunales que, según la ley 15, tít. 5.º, P. 5.ª, no se pueden vender por estar en su propia naturaleza fuera del comercio, son las de uso público, como las plazas, calles, egidos, ríos y puentes, que enumera, más no las que accidentalmente se aprovechan por una colectividad de vecinos, por convenir así a su derecho, pero que pueden disfrutarse de otro modo, como sucede con el goce de los pastos y labor de tierra cuando el predio perteneció a un Ayuntamiento". Como puede apreciarse, una vez más nos encontramos aquí ante la confusión de bienes de Derecho Público, comunes y comunales.

(32) *Régimen jurídico-administrativo de los montes*, cit., páginas 58-59; véase, además, en las páginas anteriores, una referencia a la opinión dominante, tanto jurisprudencial como doctrinal, a la que escapó la certera observación de lo que se transcribe en el texto.

suponen, por tanto, ninguna declaración de inalienabilidad, sino simplemente la facultad de reservarse ciertos bienes, la no obligación de venderlos, pero nunca la prohibición de enajenarlos. En cuanto a los bienes exceptuados de la desamortización, al no tener efectividad la Ley de 1855, su régimen continuó siendo el general de la propiedad, como si no se hubiera promulgado la Ley desamortizadora (33).

Según ésto, antes como después de la desamortización, la pretendida inalienabilidad de los bienes comunales se reduce a la exigencia de determinadas formalidades en caso de enajenación, que, según la doctrina tradicional ya anotada, eran: previa información de utilidad, Decreto y Licencia del Principe. La mejor prueba de este carácter restrictivo de la inalienabilidad es que en plena vigencia de las leyes desamortizadoras la Ley Municipal de 1877, en su artículo 85 venía a admitir las enajenaciones de bienes comunales, si bien con la aprobación del Gobierno, previo informe del Gobernador y audiencia de la Comisión provincial (34).

(33) "Ahora bien —concluye el autor en la página 60—, independientemente de esto, en vista de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de los innumerables Decretos resolviendo competencias y de las disposiciones administrativas, que han desbordado la intención del legislador, habrá que concluir que esta doctrina *extra legem* se ha impuesto sin la menor vacilación y que hoy los montes son inalienables". Entre la jurisprudencia —recogida por el mismo autor— que expresa claramente este sentido, cfr. las sentencias de 19.5.1894 y 11.2.1895, según las cuales el monte catalogado no debió ser sacado a subasta ni ser vendido por el Estado, y, por tanto, la venta realizada adolece de un vicio originario de nulidad que la invalida; y no importa que la Administración informara en el sentido de la enajenación, pues ésta no podia llevarse a cabo mientras estuviera en el Catálogo. La sentencia de 13.1.1908 repitió, como el R. D. de 10.10.1902 y la R. O. de 29.1.1914, que los montes catalogados no pueden ser objeto de enajenación total ni parcial. La sentencia de 7.10.1931 declaró la inalienabilidad de una dehesa boyal de utilidad pública, y las de 15.12.1927 y 21.3.1934 afirman que un terreno catalogado no puede legitimarse mediante roturaciones arbitrarias.

(34) Cierto es que el articulo no se refiere expresamente a los bienes comunales; pero no parece dudosa esta interpretación, que se reafirma en la Ley de 30 de agosto de 1907, sobre colonización interior (cuyo articulo 3.º faculta a los Ayuntamientos para enajenar, a los fines de la misma, sus bienes patrimoniales no catalogados, los de aprovechamiento común y los de propios), y el articulo 15 del Decreto de 15 de noviembre de 1909, que se refiere a la enajenación "de bienes de todas clases".

El Estatuto Municipal de 1924 insiste en el mismo criterio y, después de derogar "las leyes desamortizadoras en cuanto se refieren a los bienes de los Municipios y de las entidades locales menores" (35), autoriza a los Ayuntamientos y Juntas Vecinales para "enajenar bienes de toda clase" (arts. 4 y 150, núm. 5). Facultad que, respecto a los bienes comunales, encuentra la importante limitación de que debe acudirse a un referendum vecinal (art. 220).

Posteriormente, el artículo 24 del Reglamento de la Hacienda municipal imponía una limitación aún más grave, por cuanto tal tipo de enajenación

> se entenderá limitada en todo caso al usufructo, cuya cesión será indefinida o temporal, aunque en este caso renovable, y podrá otorgarse únicamente a los vecinos mientras tengan este carácter y con la obligación de ser el usufructuario cultivador directo de la finca enajenada.

La Ley Municipal de 1935, por último, también declaró enajenables los bienes comunales con el requisito del referendum en ciertos casos (art. 94).

Pero la Ley de Régimen Local vigente ha preferido declarar enfáticamente el principio de la inalienabilidad (artículo 188). ¿Significa ésto que se ha producido algún cambio importante respecto de la situación anterior? A nuestro entender, de ninguna manera. El art. 188 es la simple consecuencia de la quizá loable preocupación dogmática que caracteriza a nuestra legislación local básica; pero sin que tal declaración signifique una auténtica modificación del régimen vigente.

Hoy como ayer, *la inalienabilidad es una categoría jurídica de valor muy discutible, por cuanto, en el fondo, supone sencillamente una restricción de las enajenaciones.* Ahora bien, este efecto —que es, a la postre, lo único que nos inte-

---

(35) Artículo 5.º. Cfr. sobre sus consecuencias, LLEÓ, "Del Patrimonio municipal. Comentarios al capítulo II del Real Decreto de 23 de agosto último", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1925, págs. 320 y sigs.

resa— igual puede conseguirse prescindiendo de la declaración del art. 188. Sobre los bienes de propios no pesa la grave limitación de la inalienabilidad y, sin embargo, su régimen de ventas es similar al de los bienes comunales o, por mejor decir, las diferencias no son debidas a la declaración del artículo 188, sino a las normas específicas que regulan el régimen de sus respectivas enajenaciones. La mejor prueba de esta tesis es que si se suprimiese el art. 188 con todo su imponente sentido dogmático, en nada variaría el sistema jurídico del patrimonio municipal.

El verdadero sentido de la llamada inalienabilidad es imponer una nueva limitación al régimen de enajenaciones. Concretamente, los bienes comunales, para que puedan ser enajenados, precisan una previa transformación de naturaleza, convirtiéndose en bienes propios.

En conclusión si lo que caracteriza a los bienes comunales es su afectación a un aprovechamiento común, nos encontramos aquí ante un problema de desafectación, cuyo estudio ha de constituir, por tanto, la clave del tema.

IV. DESAFECTACION.

Si parece estar ya fuera de duda que la afectación es el fundamento de la inalienabilidad (36), aún se discuten en la teoría del dominio público las relaciones entre desafectación e inalienabilidad. Para nosotros, como queda dicho, la desafectación es un requisito de la alienabilidad y, viceversa, la inalienabilidad significa sencillamente que un bien no puede enajenarse mientras esté afectado (37), lo cual nos ha con-

(36) Para el dominio público, cfr., por todos, CLAVERO, *La inalienabilidad...*, cit., pág. 35, con su bibliografía.

(37) VEDEL, *Droit administratif*, II, 1959, pág. 523, LAUBADERE,

ducido a la afirmación de que el principio de la inalienabilidad implica una posibilidad de enajenación, con el simple requisito formal de la desafectación previa (38).

Durante el siglo XIX la desafectación de los bienes comunales no está sujeta a procedimiento formal alguno, o mejor dicho, éste es tan sencillo, que las fronteras entre bienes comunales y de propios son muy imprecisas. En el capítulo VI ya hemos tenido ocasión de señalar que el criterio diferenciador de ambas clases de bienes lo constituía, de un lado, el aprovechamiento comunal, y de otro, la apropiación o señalamiento de arbitrios sobre sus productos, que les convertían en fuente de ingresos municipales. A lo largo del siglo los Municipios españoles hicieron uso más que liberal de la facultad de apropiación, que al constituir luego un presupuesto de la desamortización, producía los efectos más inesperados, y frente a los que se revelaron inútilmente los propios Municipios, causantes de ellos. Pero el tema ya ha quedado desarrollado con cierto detalle páginas más atrás. Ahora nos interesa ver el gran cambio realizado en la legislación vigente. Los bienes no comunales no pierden hoy su naturaleza por una simple medida de orden fiscal: la desafectación está sujeta a un riguroso procedimiento. Como en realidad no es un procedimiento, sino varios, estudiamos a continuación separadamente los diferentes supuestos.

Traité élémentaire de Droit administratif, 2.ª ed., 1957, pág. 745. WALINE, *Manuel élémentaire de Droit administratif*, 4.ª ed., 1946, página 444.

(38) Esta es la tesis de WALINE, que rechaza expresamente CLAVERO (pág. 39), haciendo suya la contraargumentación de LAUBADERE (ob. cit., pág. 745), de que esto es jurídicamente inadmisible, ya que después de la desafectación no existe dominio público y lo que se enajena es un bien patrimonial. Pero esta sutileza es tautológica y confunde cosas tan diferentes como un estado y una aptitud. Según esta argumentación, los hombres serían inmortales, ya que una vez muertos no se trataría de hombres (cuerpo y alma, por definición), sino de cadáveres (cuerpo sin alma, lo que ya no es un ser humano); y los solteros serían "incasables", porque después del matrimonio ya no son solteros, sino casados. Mayor valor tiene, sin embargo, la objeción del profesor francés de que hay casos en que la desafectación y la enajenación competen a autoridades diferentes, lo que probaría la desvinculación de ambas figuras; pero ésta no es la situación de los bienes comunales en nuestro Derecho.

A) Desafectación expresa y conversión en bienes de propios.

Esta es la forma más característica de los bienes comunales y está regulada en el artículo 194, 1 LRL:

> "cuando por su naturaleza o por otras causas los bienes no hubieren sido aprovechados comunalmente durante más de diez años, aunque en alguno de ellos existieran actos aislados de disfrute, podrán ser desprovistos del carácter de comunales y considerados como propios, mediante el procedimiento que señala el artículo 8.º y previo dictamen favorable del Instituto Nacional de Colonización ... y aprobación del Ministro de la Gobernación" (39).

La interpretación y desarrollo de este precepto nos descubre un repertorio de cuestiones muy variado.

1. De alabar son, en primer término, las correcciones del Reglamento de Bienes, mucho más preciso aquí que la propia Ley, que habla demasiado genéricamente de bienes municipales cuando nos encontramos solamente ante los bienes comunales. En el Reglamento la confusión no es posible debido a que se ha suprimido la equívoca calificación de "municipales" y el artículo se encuentra encajado en una sección titulada "Del aprovechamiento y disfrute de los *bienes comunales*".

---

(39) Articulo 83 RB.: "1. Cuando por su naturalea o por otras causas, los bienes no hubieren sido aprovechados comunalmente durante más de diez años, aunque en algunos de ellos existieran actos aislados de disfrute, podrán ser desprovistos del carácter de comunales, y considerados de propios, mediante el procedimiento que señala el art. 8.º, y previo dictamen favorable del Instituto Nacional de Colonización. 2. Si tales bienes no fueren susceptibles de otra utilización adecuada, a juicio de la Jefatura del Distrito Forestal, deberán ser arrendados para su aprovechamiento agrícola, en el que tendrán preferencia los vecinos o cabezas de familia del Municipio".

Por su parte, el núm. 7 del art. 122 del Reglamento de Organización encomienda al Ayuntamiento "transformar los bienes comunales en propios, o a la inversa, previo expediente en que se demuestre la conveniencia del cambio de afectación y destino, con sujeción a los requisitos exigidos por el artículo 194 de la Ley".

Mayor importancia tiene el inciso del párrafo 2 del artículo 83 del Reglamento, donde se precisa que el arrendamiento con fines agrícolas de los bienes desafectados, sólo debe tener lugar "si tales bienes no fueren susceptibles de otra utilización más adecuada, a juicio de la Jefatura del Distrito Forestal". De no haber sido por esta corrección, de la interpretación rigurosa y literal del párrafo segundo del artículo 194 de la ley se deduciría que el arrendamiento agrícola había de proceder en todo caso, lo que económicamente hubiera sido un absurdo en un buen número de casos, teniendo en cuenta la posible condición forestal o pastueña de los bienes y, además, hubiera entrado con frecuencia en contradicción con la legislación especial reguladora de las transformaciones de predios forestales o herbáceos en agrícolas.

Una incorrección se conserva todavía en el castigado texto del Reglamento. En él, lo mismo que en la Ley, se habla de bienes en bloque, con carácter genérico, precisando luego la posibilidad de que "en alguno de ellos" existieran actos aislados de disfrute. No obstante lo equívoco de esta redacción, parece ocioso recordar que los bienes comunales no pueden ser valorados en su conjunto, sino que cada uno de ellos merece un tratamiento distinto; de tal manera que unos podrán transformarse en propios y otros, o una parte concreta incluso de una misma unidad física, pueden conservar su antigua naturaleza.

2. El que sea la forma de los aprovechamientos (comunal, o no) el criterio que maneja la ley para realizar la transformación de la naturaleza de los bienes, es una confirmación más de nuestra tesis de que el elemento esencial que caracteriza los bienes comunales, es la forma del aprovechamiento y, más concretamente, el *hecho* de su realización. La existencia real de un aprovechamiento comunal fue el elemento que se tuvo en cuenta durante el siglo pasado para excluir de la desamortización a los bienes comunales, y ahora vuelve a ser decisivo este dato para fijar o variar su naturaleza.

Téngase bien presente, sin embargo, que aquí nos encontramos ante bienes cuya naturaleza comunal no es puesta en duda, puesto que se parte de la misma, y no ante un problema de determinación primaria de la naturaleza de los bienes. Es sabido que con bastante frecuencia han de enfrentarse los Ayuntamientos y los vecinos ante el grave problema de determinar si unos bienes —cuyo origen y destino anterior es desconocido, y de los que incluso se carece de los menores antecedentes— son comunales o de propios. Teóricamente es muy fácil determinar aquí si se trata de bienes comunales, ya que esta forma de aprovechamiento ha de ser la que decida. Pero en la práctica no es tan fácil de resolver el problema teniendo en cuenta que existe un amplio repertorio de aprovechamientos comunales —algunos de los cuales han sido sancionados legalmente— que se asemejan enormemente a los aprovechamientos individuales. Piénsese —tal es el caso más corriente— en un cultivo agrícola realizado por los vecinos en lotes que varían periódicamente y por los que se satisface una módica cantidad. Esto puede ser un arrendamiento con renta reducida por pura liberalidad del Ayuntamiento o un aprovechamiento comunal de los artículos 80-82 del Reglamento de Bienes. Piénsese, por otro lado, en los frecuentes abusos que realizan los vecinos en los bienes de propios y que son tolerados por el Ayuntamiento. En todos estos casos la solución habrá de deducirse de las circunstancias concretas y particularmente de los antecedentes, que siempre han de existir —verbales o escritos— por muy confusa que parezca la situación a primera vista (39 bis).

Lo que importa subrayar es la diferencia de las situaciones, que es muy clara, y cuyas consecuencias son muy dispares. Porque si lo que se trata de determinar es la natu-

(39 bis) Cfr. la gráfica descripción de DÍAZ-CANEJA ("Bienes municipales" en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 81, 1955, página 434): "mientras hubo terreno común apto para el cultivo agrícola, al encabezarse como jefe de casa o cabeza de familia un hijo del Concejo... se le daba para cultivo propio una parcela del común. Esto degeneró más adelante en concesión y, por último, en abusivo régimen de entrega en propiedad, corruptela que trajo consigo conatos de repartimiento general".

raleza de los bienes, no es preciso el procedimiento señalado en estos artículos y el posible control jurisdiccional habrá de referirse solamente al acierto en la determinación de los hechos; mientras que si se trata de una transformación de naturaleza, ha de seguirse el procedimiento indicado, con sus rigurosas medidas tutelares y de información pública y, además, en él no juega solamente una cuestión de determinación de hechos, sino de valoración de la necesidad o de la utilidad de la transformación.

Es muy posible, por último, que surja una situación como la siguiente: que se compruebe primero la naturaleza comunal de los bienes, pero que, habiéndose observado el no ejercicio durante más de diez años de aprovechamientos comunales, se acuerde su transformación en bienes de propios.

3. El procedimiento para llevar a cabo la desafectación comprende las siguientes fases:

1.ª) Acuerdo de iniciación del expediente, que no ofrece ninguna característica especial.

2.ª) Información pública durante un mes (art. 8, 2 RB). Serán objeto de información, entre otros, los siguientes extremos, que han de ser decisivos en la resolución:

a) Naturaleza de los bienes, que ha de ser comunal.

b) Desuso del aprovechamiento comunal durante diez años ininterrumpidos.

c) Conveniencia del cambio de afectación.

En esta fase de información tienen derecho a ser oídos no sólo los vecinos, sino cuantos tengan interés directo o indirecto en el procedimiento, ya que no hay ningún precepto que limite la legitimación, ni se deriva perjuicio de ninguna clase con estas audiencias, puesto que sólo se trata de reunir elementos de juicio.

3.ª) Solicitud de informe del Instituto Nacional de Colonización. El procedimiento a seguir en esta fase es el señalado por la Circular de 19.6.1953:

Esta Dirección ha acordado interesar de las referidas Corporaciones que siempre que se trate de aplicar el párrafo primero del artículo 194 practiquen dentro de su competencia cuantas diligencias sean oportunas a los fines expresados (conveniencia del cambio de afectación y destino), y seguidamente eleven el expediente por conducto del señor Gobernador civil respectivo, ya que conviniendo que el Instituto de Colonización conozca al dictaminar el expediente completo con el resultado de la información pública que debe figurar en el mismo, una vez recibido en esta Dirección General, será remitido a dicho Instituto para su informe, como trámite previo a la resolución que en su día haya de dictarse.

Resulta un tanto inexplicable que este informe haya de ser emitido precisamente por el Instituto Nacional de Colonización, organismo de innegable capacidad técnica, cierto, pero, desde luego, no el más adecuado dentro del Ministerio de Agricultura, ya que por lo específico y localizado de sus fines, carece de dependencias locales demasiado ramificadas (40). ¿Por qué no ha de solicitarse directamente del Ministerio de Agri-

(40) Recuérdense, a este propósito, los objetivos del Instituto Nacional que son un tanto marginales a esta función informativa, ya que, según el art. 1.º del Decreto de 21.11.1947, "tiene como finalidad realizar la transformación del medio agrosocial, impulsando o supliendo la iniciativa privada en la medida que lo exija la resolución de los complejos problemas técnicos, económicos y sociales que llevan consigo las misiones encomendadas a este Organismo por las disposiciones vigentes". En las *Respuestas a un cuestionario de la FAO sobre política agraria*, del Instituto de Estudios Agro-sociales, se resumen así los objetivos del Instituto Nacional de Colonización: 1.º Facilitar el acceso a la propiedad de los pequeños agricultores y arrendatarios modestos mediante la adquisición de fincas propiedad de particulares, libremente ofrecidas a este fin. 2.º Resolver problemas de tipo social mediante la expropiación, previa declaración de utilidad social de aquellas fincas que permitan en gran parte la resolución de estos problemas mediante un aumento de la intensidad productiva lograda por el amplio empleo de unidades de trabajo y capital en régimen de pequeñas explotaciones de tipo familiar. 3.º Transformar la vida rural en grandes extensiones de terreno a base de obras y trabajos que superen la capacidad privada, tanto por sus finalidades de carácter público, como por su importancia económica. 4.º Estimular y apoyar técnica y económicamente la ejecución de obras y mejoras territoriales en el ámbito local y particular. 5.º Mejorar y embellecer la vida rural a través de una mejor formación religiosa, técnica y educativa en su más amplio sentido. (En "Suplemento" al núm. 3 de la *Revista de Estudios Agrosociales*, abril-junio 1953, página 29).

cultura, puesto que éste cuenta en todo el territorio nacional con organismos especialmente capacitados para la valoración de los intereses agrícolas (Jefaturas Agronómicas provinciales), ganaderos (Servicios Provinciales de Ganadería) y forestales (Distritos Forestales)? Pero todavía cabe una fórmula más interesante: que sea el Gobernador civil el que recabe los informes técnicos agronómicos de los servicios provinciales que de él dependen. La circunstancia de que se trata de un asunto típicamente local no dejaría entrar aquí en juego los consabidos recelos departamentales que podrían surgir en otro caso.

4.ª) Recibido el informe dicho, resolverá la Corporación sobre la conveniencia del cambio de afectación, siendo preciso para la validez de este acuerdo "el voto favorable de las dos terceras partes de número legal de miembros de la Corporación" (art. 194, 1 LRL; "acuerdo adoptado con el quorum que señala el artículo 303 de la Ley": artículo 8, 2 RB.).

5.ª) Elevación del expediente para la aprobación del Ministro de la Gobernación (art. 194, 1 LRL) (41).

Por aplicación del llamado silencio administrativo positivo, debe entenderse aprobado el acuerdo municipal, si transcurren tres meses sin que el Ministerio de la Gobernación resuelva sobre el particular (42).

---

(41) Nótese que no se da ninguna participación en el expediente al Ministerio de Hacienda, no obstante las repercusiones fiscales que tiene este cambio de afectación, habida cuenta que los bienes comunales no están sujetos a tributación del Estado (art. 188 LRL y 89, 4 RB).

(42) Art. 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo (de aplicación al caso presente por imperativo de los párrafos 3 y 4 de su artículo 1.º): "El silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. Si las disposiciones legales no previeran para el silencio positivo un plazo especial, éste será de tres meses, a contar desde la petición".

El acuerdo resolutorio puede ser impugnado conforme a las normas generales de impugnación de los actos administrativos de las Corporaciones locales. Recuérdese, además, que si la resolución del Ministerio de la Gobernación es desestimatoria, contra ella deberá dirigirse el recurso, y si es estimatoria, contra el acuerdo de la Corporación municipal (art. 29, 2 LJ).

El control jurisdiccional es absoluto respecto a la determinación de los hechos, que puede haber sido realizada incorrectamente por los órganos administrativos, asi como a su interpretación. En cambio, respecto a la valoración de la conveniencia de la transformación, los Tribunales no pueden sustituir con su criterio el de la Administración (42 bis).

4. Creyendo interpretar fielmente la diferente terminología de la LRL y RB nosotros decimos "desuso ininterrumpido durante diez años" de los aprovechamientos comunales.

a) Entre los diversos problemas que sobre este punto pueden presentarse, la LRL ha resuelto uno con el mayor acierto: no obsta a este desuso el que existan "actos aislados de disfrute". Por actos aislados deben entenderse actos esporádicos y no actos realizados por individuos aislados, ya que es perfectamente posible que una parte de los vecinos deje de estar interesada en los aprovechamientos y no participe en ellos, sin que su actitud pueda perjudicar a los demás, máxime cuando la evolución social hace extremadamente incómodo para el nivel medio de la población el ejercicio de ciertos aprovechamientos, como la obtención y quema de yeso, en la que, sin embargo, se obstinan algunos vecinos —como hemos tenido ocasión de comprobar de visu— de nivel de vida muy inferior. No es posible determinar apriorísticamente cual sea un acto aislado de disfrute y cual sea

---

(42 bis) El problema del control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa es, como se sabe, muy complejo. Una panorámica de las técnicas jurídicas a tal efecto creadas, puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo", en el núm. 38 de la *Revista de Administración Pública*, 1962, págs. 169 y sigs.

un aprovechamiento comunal no ejercitado con generalidad. Se trata de una valoración de hechos que debe resolverse caso por caso. Más correctamente dicho: aquí nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado (43), técnica que permite un amplio control jurisdiccional posterior.

b) Inacertada es en cambio la alusión que se hace a las interrupciones topográficamente determinadas ("en alguno de los bienes"). Ya hemos dicho que no hay que considerar los bienes comunales en bloque: pueden caer en desuso los aprovechamientos comunales de ciertas parcelas y mantenerse en otras e, incluso, en porciones determinadas de algunas. Con la consecuencia de que puedan desafectarse algunos bienes y conservarse en régimen comunal otros, y aun parte de ellos.

c) Cabe igualmente que el fraccionamiento de la interrupción no recaiga sobre el objeto, sino sobre el contenido del aprovechamiento, es decir, que incluso sobre un mismo bien cesen algunos aprovechamientos, por ejemplo los forestales, y se mantengan otros, por ejemplo los pastueños.

d) La Ley dice que los aprochamientos han de haber cesado "durante más de diez años". ¿Han de ser seguidos? Piénsese que en los últimos quince años sólo se han realizado aprovechamientos comunales durante uno sólo, precisamente en el octavo. Aquí, literalmente no ha habido aprovechamientos durante diez años. Nosotros nos inclinamos, en definitiva, por una interpretación favorable a la comunalidad y, considerando como una excepción la transformación de la naturaleza, entendemos que el desuso debe ser continuado e ininterrumpido.

e) Todavía queda un problema: la interrupción ha durado durante más de diez años, pero debido a causas ajenas

(43) Cfr. en la literatura española GARCÍA DE ENTERRÍA, "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo", en la *Revista de Administración Pública*, núm. 38, págs. 171 y siguientes. (Téngase presente, en todo caso, que aquí nos encontramos ante un concepto de experiencia y no de valor).

a la voluntad de los vecinos (repoblación forestal, epizootias, etc.) (43 bis).

El simple planteamiento de esta serie de cuestiones nos demuestra que la, a primera vista tan fácil, determinación del desuso, es casi imposible de realizar con criterios apriorísticos. En los casos límite es imposible fijar la frontera exacta entre el uso y el desuso.

La situación, sin embargo, se simplifica bastante si tenemos en cuenta que la simple comprobación del desuso no es el único requisito exigido por la ley para posibilitar la desafectación. El desuso es sólo presupuesto de un segundo criterio: el de la conveniencia o utilidad de la transformación. *Sin desuso no puede plantearse siquiera la cuestión de la conveniencia; pero el desuso, que es requisito necesario, no es suficiente, al precisarse, además, la declaración de conveniencia* (44). Pues bien, a nuestro modo de ver, este segundo criterio sirve de corrector del primero; de tal manera que en los casos dudosos que hemos visto —y otros muchos más que pueden surgir— a la hora de valorar la conveniencia se han de tener en cuenta esos datos para suplir las injusticias o

---

(43 bis) En algunas normas de Derecho comparado se prevén expresamente estos supuestos y no se imputa a los vecinos el desuso inevitable. Cfr., por ejemplo, el artículo 68 de la *Gemeindeordnung* bávara de 25.1.1952, y el desarrollo doctrinal de HELMREICHWIDTMANN, *Gemeindeordnung*, Kommentar, 2.ª ed., 1959, págs. 505-507.

(44) Si se recuerda la naturaleza jurídica de los bienes comunales —tal como quedó explicada en el capítulo VII— se verá muy claramente la justificación dogmática de lo que se dice en el texto: sobre los bienes comunales convergen dos clases de derechos: los de los vecinos y los del Municipio. Por eso nunca podrá transformarse la naturaleza de estos bienes sin la intervención de los titulares de las dos clases de derechos incidentes. Si los vecinos unilateralmente no pueden proceder al reparto entre ellos de los bienes comunales —porque eso significaría un desconocimiento de los derechos del Municipio—, tampoco puede el Municipio proceder unilateralmente a la enajenación sin contar con la voluntad de los vecinos. Para que tenga lugar la desafectación han de coincidir las voluntades de unos y otros titulares, según se señala en el texto. Y, además, la coincidencia ha de expresarse, no de cualquier manera, sino del modo preciso que señalan la Ley de Régimen Local y Reglamento de Bienes, en los preceptos que estamos comentando.

inconvenientes notorios, que una interpretación mecánica y necesaria del desuso podría provocar.

5. El criterio de la conveniencia juega también un papel importante en los casos de "desuso subrepticio". Con esta expresión aludimos a los supuestos en que, aun manteniéndose materialmente los aprovechamientos, éstos se ejercitan a título no comunal. De esta manera, aunque externamente el aprovechamiento continúa, jurídicamente cae en desuso, puesto que ya no se trata de un aprovechamiento comunal.

La primera variedad —y hoy más frecuente— de este desuso subrepticio está constituida por la extendida corruptela de muchos Ayuntamientos de ir aumentando paulatinamente el canon de aprovechamientos, de tal manera que lo que en un tiempo fue "una estricta compensación por los gastos de custodia, conservación, administración e incremento de los bienes" (art. 82 RB), termina siendo la contraprestación de un auténtico arrendamiento. Con lo cual, unos bienes comunales que siguen aprovechándose materialmente de la misma manera, se convierten *subrepticiamente* en bienes de propios. Es cierto que, de conformidad con la ley, tales transformaciones son imposibles, y una situación así es casi inimaginable; pero no es menos cierto que dada la increible confusión y desorden que reina sobre este punto en muchos Municipios (que viven literalmente al margen de la ley, en cuanto se rigen exclusivamente por la costumbre y los pactos) la hipótesis es una realidad, bien conocida por cuantos se han asomado a la vida local española, máxime cuando en todo caso las rentas exigidas suelen ser inferiores a las de las fincas particulares de calidad similar.

En estos casos, a nuestro modo de ver, no se trata de un auténtico desuso, que provoque la desafectación, sino de una corruptela que, por ser *contra legem,* no puede fundar ningún derecho del Municipio a convertir los bienes comunales en propios.

El segundo supuesto a que hemos aludido consiste igualmente en un mantenimiento íntegro de los aprovechamientos,

pero que jurídicamente, sin embargo, ya no se imputan a la comunidad, sino a cada uno de los vecinos. El beneficiario no actúa ya *uti cives*, sino *uti singuli*. La conciencia comunal ha desaparecido, pero algunos vecinos insisten en los aprovechamientos, bien clandestinamente (con conciencia de que no ejercitan un derecho propio, sino que actuan sobre cosa ajena), bien de forma manifiesta, pero basada en un título privado (servidumbre, arrendamiento). ¿Hay aquí auténtico desuso?

Con esto rozamos un grave problema que lleva preocupando durante ochocientos años a los juristas europeos: la posibilidad de imputar a la comunidad los actos individuales de aprovechamiento. ¿Hasta qué punto pueden considerarse comunales los actos realizados por uno de los vecinos del común? (45).

6. ¿Cuáles son las consecuencias de la desafectación? La desafectación, por sí misma, sólo nos dice que los bienes comunales dejan ahora de serlo. Pero ¿cuál será su destino? Porque son posibles teóricamente dos soluciones: que se conviertan en propiedad de los vecinos o en propiedad del Municipio (46). Sin embargo, si se tiene en cuenta la naturaleza jurídica de estos bienes, tal como ha quedado explicado más arriba, es fácil comprender que en lo que se convierten es en bienes de propios, pues la llamada desafectación sólo afecta al lado de los vecinos, es decir, a los aprovechamientos y no a la titularidad dominical, que sigue conservando el Municipio (47).

---

(45) Véanse abundantes referencias al derecho intermedio en ANTONIO FERNÁNDEZ DE OTERO, *Tractatus de Pascuis et jure pascendi*, ed. Colonia Allobrogum, 1732, págs. 65-73, y en GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., IV, págs. 130-131.

(46) Modernamente es también posible su conversión en bienes de dominio público; de ello nos ocuparemos luego en la letra C) de este mismo epígrafe.

(47) La posibilidad de una evolución separada entre el destino de los bienes (afectación) y su titularidad (dominical), ya ha sido demostrada para el dominio público por GARCÍA-TREVIJANO, "Titularidad y afectación demanial en el Ordenamiento jurídico español", en *Revista de Administración Pública*, 29, 1959; en los bienes comunales se trata de una afectación de aprovechamientos.

7. ¿Pero se convierten en bienes de propios indiferenciados, es decir, exactamente iguales que los demás bienes de propios típicos? He aquí una cuestión que tendría una respuesta muy sencilla con el solo manejo de la Ley de Régimen Local, ya que su artículo 194, 2 impone a los bienes liberados de la afectación comunal una segunda afectación, que impide su identificación con los demás bienes de propios:

Tales bienes deberán ser arrendados a quienes se comprometan a su aprovechamiento agrícola, y se otorgarán preferentemente a los vecinos del Municipio.

Lo cual supone una cuadruple vinculación: respecto al destino, que ha de ser un aprovechamiento agrícola; respecto a los destinatarios, que han de ser preferentemente los vecinos; respecto a la forma de cesión, que ha de ser el arrendamiento; y respecto a la facultad de cesión, que es imperativa: "deberán".

En estas condiciones el artículo no puede ser más desgraciado. Por lo pronto y en el caso —bien ordinario por cierto— de que se trate de montes, se contradice con la legislación forestal (48) que prohibe en principio los aprovechamientos agrícolas. Concretamente, el Decreto de 16 de junio de 1954 da las siguientes normas para el cultivo agrícola en los montes de utilidad pública:

Artículo 1.º En los montes incluidos en el el Catálogo de los de utilidad pública, podrá autorizarse, mediante Orden del Ministerio de Agricultura, el cultivo agrícola de aquellas porciones de la superficie de los mismos que fueren susceptibles de esta clase de explotación, en cuanto ésta fuera compatible con la conservación de las facultades esenciales y protectoras inherentes al monte del que formen parte, debiendo ser tenidas en cuenta, al ser redactados y aprobados los planes de aprovechamiento de monte, las concesiones que se hubieren otorgado.

Art. 2.º Para que puedan autorizarse las concesiones a que se refiere el artículo anterior, será necesaria la concurrencia de las condiciones siguientes:

---

(48) Artículo 29 de la LM y 202 y sigs. de su Reglamento.

a) Que la pendiente del terreno objeto de la concesión, no excederá *(sic)* en ningún caso, del veinte por ciento.

b) Que la profundidad y el grado de fertilidad del suelo laborable, sean suficientes para obtener de su cultivo agrícola un rendimiento que haga económicamente rentables la transformación y laboreo subsiguientes de esas superficies.

c) Que el terreno no contenga repoblado joven, ni mata densa de especies forestales nobles capaces de regenerarse por roza; ni existan en aquél por hectárea más de veinte pies de arbolado de diámetro superior a veinte centímetros, salvo que se tratare de suelos de gran aptitud para el cultivo agrícola o susceptibles de ser transformados en regadío.

d) Que los beneficios que hayan de derivarse de la puesta en cultivo de los terrenos objeto de concesión, sean notoriamente superiores a los perjuicios que la transformación pudiera ocasionar a la ganadería.

Art. 3.º Las autorizaciones de cultivo agrícola habrán de solicitarse del Ministerio de Agricultura, por las entidades dueñas de los montes y, una vez obtenida la concesión, la superficie objeto de ésta se distribuirá entre aquellos vecinos de la localidad donde esté enclavado el Monte o Municipio propietario de éste, que por ser jornaleros y agricultores carentes de medios económicos o poseedores de éstos en cantidad insuficiente, resultaren acreedores a dicho beneficio.

Art. 4.º El Alcalde del Ayuntamiento o el representante legal de la entidad propietaria, previo acuerdo de la Corporación, remitirá a la Jefatura del Distrito Forestal correspondiente, la solicitud de concesión del cultivo, señalando en dicho escrito el canon anual que, a su juicio, deban satisfacer los beneficiarios. Presentada la instancia y realizados por el personal técnico del Distrito los estudios y comprobaciones sobre el terreno, que se consideren necesarios, el Ingeniero Jefe de dicha dependencia emitirá, en el plazo de un mes, elevándolo a la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, el oportuno informe-propuesta, detallando, cuando el dictamen fuere favorable a la concesión, las condiciones a que la misma debe ajustarse. El citado Centro directivo, dentro del término de otro mes, a la vista de lo actuado, redactará la oportuna propuesta, que someterá a la superior resolución del Ministerio de Agricultura, quien discrecionalmente resolverá, previa ampliación de los informes que considere oportunos, accediendo o denegando la concesión, sin que contra su acuerdo se dé recurso alguno.

Al Reglamento de Bienes no escapó esta contradicción, y por eso, sin duda, estableció la salvedad de que "si tales bienes no fueren susceptibles de otra utilización más adecuada, a juicio de la Jefatura del Distrito Forestal".

A nuestro modo de ver, el trámite a seguir aquí es el siguiente:

a) Si se trata de montes catalogados de utilidad pública, habrá de seguirse el procedimiento señalado por la legislación forestal para iniciar roturaciones.

b) Si se trata de montes catalogados como de utilidad pública, que realmente estén dedicados al cultivo agrícola (el caso no es imposible al menos respecto de algunas parcelas de dicho monte), bastará poner en conocimiento de la Jefatura del Distrito Forestal la desafectación realizada y el propósito de seguir realizando estos cultivos de la forma prevista en los artículos 192 LRL y 83 RB.

c) Si no se trata de montes, pese a la letra de los preceptos que estamos comentando, no es preciso dar conocimiento de estas circunstancias a la Administración forestal.

Como se ve, la publicación del Reglamento de Bienes ha supuesto un gran paso hacia la racionalización del artículo 194, 2 LRL; pero forzoso es confesar que en su inevitable respeto al derecho constituido, se ha quedado demasiado corto.

¿Por qué exigir un aprovechamiento agrícola? Los principios modernos de la economía y de la agronomía van ahora por caminos muy diferentes. El sentido de la Ley es claro al pretender evitar los aprovechamientos forestales y pastueños: éstos suelen ser ejercitados comunalmente y estamos viendo que aquí el ejercicio comunal ha sido abandonado durante muchos años. Pero frente a este criterio se encuentra el de la legislación forestal, que, si las condiciones del terreno lo aconsejan, impondrá estos aprovechamientos, si bien ahora no de forma comunal.

Todavía hay, además, un problema más grave, que ni la Ley ni el Reglamento han previsto: la posibilidad de un destino que no sea agrario. El caso es de actualidad en razón a la extensión creciente de las poblaciones y a la correlativa necesidad de terrenos urbanizables. No es raro que las antiguas dehesas boyales se encuentren inmediatas al casco urbano (mejor dicho, esta es la regla), y si el pueblo se va transformando de agrícola en industrial o es descubierto por el turismo, suele suceder que el terreno sea más útil como solar o como parque, que como monte o huerta.

En estos casos, la interpretación debe ponerse al servicio de la lógica o de la necesidad, y no encerrarse en un riguroso (y cómodo, por descontado) respeto a la Ley, más propio de rábulas y de burócratas adocenados que de auténticos juristas.

A nuestro entender, en estos casos, es perfectamente posible soslayar los términos literales de los preceptos que comentamos, y dar a estos bienes el destino que sea más conveniente (49).

La cobertura legal la ofrece el artículo 8, 3 RB.

En cuanto a los destinatarios, mientras que la Ley habla solamente de vecinos, el Reglamento dice vecinos "o" cabezas de familia. No creemos que la modificación del Reglamento puede entenderse como una ampliación de la Ley, en el sentido de que *además* de los vecinos, tendrán aquí cabida los cabezas de familia, sino más bien, se ofrece al Ayuntamiento la posibilidad de elegir uno u otro criterio: entre los vecinos "o", si los bienes son escasos, entre los vecinos-cabeza de familia, que son por hipótesis menos numerosos. La elección es discrecional y, por tanto, no recurrible en cuanto al

(49) Una hipótesis característica, y de acaecimiento muy posible, es la incorporación de estos bienes al Patrimonio municipal del suelo (capítulo II, título II de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12.5.1956). Pero obsérvese que en estos casos la Ley sólo se refiere expresamente a bienes ajenos, que se adquieren por expropiación (art. 73, 2), y a bienes de propios (art. 73, 3), sin aludir para nada a los bienes comunales.

fondo (50). Lo que es importante, en todo caso, es la condición vecinal de los destinatarios: aquí aflora una vez más el derecho incidente de los mismos sobre los bienes comunales, y que bajo cualquiera forma que sea, acompaña a éstos aun después de su metamorfosis.

B) Desafectación tácita y conversión en bienes de propios (51).

Está prevista en el artículo 8, párrafo 5 del Reglamento de Bienes:

> "Se entenderá, asimismo, producida, sin necesidad de acto formal, desafectación de los bienes de dominio público y de los comunales, que se convertirán en bienes de propios, cuando hubieren dejado de utilizarse durante veinticinco años en el sentido de la afectación pública o comunal."

El más grave problema es aquí el de la retroactividad del precepto, es decir, si estos veinticinco años han de correr con posterioridad a la publicación del Reglamento o si, por el contrario, se computan también los anteriores. Nos inclinamos por esta última solución por parecer la más congruente con la *ratio legis* y encontrarse avalada por la disposición transitoria del Reglamento, por muy confusa que sea su redacción:

> Los preceptos del Título I y II del presente Reglamento se aplicarán a todos los expedientes en curso y para cuantos trámites deban efectuarse a partir de su publicación.

Además, teniendo en cuenta la aplicación subsidiaria del Código civil (disposición adicional tercera), podría invocarse

---

(50) Cfr., además, cuanto se dice en el capitulo XIV epígrafe II sobre estas distinciones entre vecinos y cabezas de familia.

(51) Sobre la problemática y posibilidad de las desafectaciones en general, cfr. García de Entería, *Dos estudios*..., cit., págs. 113-116. (Pero téngase presente que esta publicación es de fecha anterior al Reglamento de Bienes.)

en apoyo de esta tesis la regla primera de las disposiciones transitorias de este cuerpo legal:

> "... si el derecho apareciere por primera vez en el Código tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que le origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen".

El Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina para un caso tan semejante como la redención de servidumbres aparecida por primera vez en el artículo 603 del Código, y de la que ya nos hemos ocupado con detenimiento en otro lugar. Cierto es que la prescripción no es un derecho; pero sí lo sería el derecho de usucapir.

C) DESAFECTACIÓN TÁCITA Y CONVERSIÓN EN BIENES DE DOMINIO PÚBLICO.

Está prevista en el artículo 8, párrafo 4 letra b) del Reglamento de Bienes:

> Se entenderá, además, producida la afectación de bienes a un uso o servicio público... sin necesidad de acto formal, cuando: ... *b)* siendo bienes comunales, durante el mismo periodo de tiempo (veinticinco años), fueran objeto de uso o servicio públicos.

Si el concepto jurídico de uso público es idéntico al concepto vulgar del mismo (52), mucho más complicada es la idea de servicio público (53), en permanente crisis. Tal como

(52) Asi se deduce de los arts. 184 LRL y 3, 1 RB. El Código civil es más equívoco, pues incluso entre los bienes de uso público considera las obras de servicio general. El artículo 282 considera como bienes de uso público provincial a los de aprovechamiento general. El art. 3,2 RB asimila artificialmente a los de uso público una serie de bienes, que ahora no nos interesan.

(53) Forzosamente debe quedar a un lado la problemática del tema, ni es posible hacer una referencia precisa a su inmensa bibliografía. Véase, no obstante, por su concisión y por referirse especialmente a la materia local, ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales,* 1960, págs. 5-20. La cita en el texto corres-

ha observado ALBI, en el ordenamiento local se emplea esta expresión en dos sentidos diferentes: las más de las veces se alude al "servicio" a secas, y se le atribuye en general un alcance objetivo, material, directamente relacionado con los fines a cumplir por la entidad local; los servicios, según este criterio, son manifestaciones, especialidades de la competencia. Pero, por otro lado, la noción del servicio público clásico, al estilo francés, con pleno carácter orgánico y subjetivo, domina y orienta, de una manera latente, la tónica general del Reglamento y sus directrices fundamentales.

En todo caso, nos encontramos ante un supuesto que presenta unas peculiaridades jurídicas curiosísimas. Por lo pronto, se admite la existencia de bienes afectados a un uso y servicio público y que, sin embargo, no son de dominio público. La afectación es, por descontado, inválida, nula de pleno derecho por haber desconocido absolutamente los trámites de cambio de naturaleza previstos en los primeros números del mismo artículo 8. No obstante —y sin que ello suponga una convalidación de la misma—, sus efectos se consolidan al cabo de veinticinco años por la generosa cobertura de la usucapión.

La solución del Reglamento parece, a primera vista, muy sencilla. En él se distinguen dos variedades homogéneas de desafectación tácita: la del párrafo 5 del artículo 8 (conversión en de propios) y la del párrafo 4, b) del mismo artículo (conversión en dominio público). Pero la realidad es que no se trata de variedades homogéneas, puesto que en la primera se atiende sólo al criterio del destino y en la segunda, además del desuso, a una nueva afectación de uso o servicio públicos, con el resultado de que ambas son perfectamente compatibles, ya que la afectación a un servicio público implicará de ordinario una desafectación del uso co-

---

ponde a las páginas 12-13. Una recientísima revisión del concepto puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes de Derecho Administrativo*, curso 1963-1964, edición policopiada del Servicio de Publicaciones del SEU, capítulo IX.

munal. Además, y no obstante el casuismo normativo, quedan sin señalar otros supuestos.

Piénsese, por ejemplo, en unos bienes cuyo aprovechamiento comunal cae en desuso durante veinte años, al cabo de los cuales, y sin la desafectación formal del artículo 83, son destinados a un servicio público durante cinco años más. Cumplidos así veinticinco años ¿cuál será la naturaleza de estos bienes? Aplicando literalmente el artículo 8, 4 b) RB no serán bienes de servicio público, puesto que "no han sido objeto de servicio público durante veinticinco años", sino que incidirán en el número 5, ya que "han dejado de utilizarse durante veinticinco años en el sentido de la afectación comunal". Pero este número 5 nos dice que los bienes se convierten en propios, lo que a todas luces es inadmisible, ya que según el artículo 4 RB, son bienes de servicio público por "estar destinados directamente al ejercicio de funciones cuya titularidad corresponde al Municipio". ¿Qué decidir entonces? ¿Habrá que esperar entonces veinte años más de servicio público —o veinticinco— para que sea de aplicación la letra b) del número 4 del artículo 8? ¿Aceptamos entonces la figura de los bienes de propios destinados a un uso o servicio público?

Forzoso es reconocer que la redacción de este artículo 8 no es muy acertada. A nuestro entender, debe ser interpretado de la siguiente manera: Los bienes comunales pierden su naturaleza al cabo de veinticinco años de desuso de los aprovechamientos comunales, y esto, tanto si el desuso es producido por simple abandono como por una afectación a uso o servicio públicos. Al cabo de este tiempo los bienes adoptarán la naturaleza que corresponda a la situación en que se encuentren en este momento: de uso público, de servicio público o de propios.

Téngase en cuenta, por otro lado, la siguiente peculiaridad: si bien es lo ordinario que un uso o servicio público sea incompatible con un aprovechamiento comunal, es también imaginable que el uso público sea compatible. Piénsese

en el caso de un pinar sin aprovechamientos herbáceos (cuyos aprovechamientos madereros se disfrutan comunalmente), en el que por costumbre tradicional se celebran fiestas y romerías o, más sencillamente, es ocupado por la afluencia turística dominical y veraniega. El Municipio, por las razones que sean, no rechaza policialmente esta ocupación indiferenciada, es decir, no vecinal, y los comuneros no pueden hacerlo (o no les interesa) puesto que los turistas dominicales no entorpecen sus aprovechamientos madereros. Pues bien, al cabo de veinticinco años se ha superpuesto un uso público sobre un disfrute comunal.

En otro orden de consideraciones, interesa poner aquí una vez más de relieve la diferencia de naturaleza entre los bienes comunales y los de dominio público, que con tanta frecuencia, como hemos visto, ha sido negada por los autores. La falta de identidad del régimen —que es, en suma, lo que significan las categorías conceptuales jurídicas— de los bienes comunales y de los de dominio público se manifiesta con toda claridad en este precepto, sin que precise de mayor comentario.

Todavía debe discutirse un problema de grave significación teórica y práctica. Imaginemos unos bienes comunales sobre los que no se han realizado aprovechamientos vecinales durante varios años —más de uno y menos de diez— y que el Ayuntamiento afecta sin trámites formales de ninguna clase a un servicio público ¿Cuál es la vía procedente para que los vecinos recuperen su posesión vecinal?

a) Por lo pronto, debe dejarse al margen la cuestión de si es procedente la vía interdictal, ya que la jurisdicción competente es la contencioso administrativa, por no tratarse de derechos civiles sino de administrativos (el aprovechamiento vecinal es, sin duda, un derecho administrativo), y el conocimiento de éstos está encomendado a los Tribunales contencioso-administrativos por el artículo primero de su ley reguladora. Otra cosa sería si se discutiese la propiedad de dichos bienes, pero lo que en este caso se debate no es el dere-

cho civil de la propiedad, sino, en substancia, el administrativo de su naturaleza.

b) La solución, pues, más segura es la reclamación contencioso-administrativa, previo el recurso de reposición.

c) Pero pudiera preguntarse, además, si es posible la recuperación directa por parte de los vecinos de los aprovechamientos vecinales, en el supuesto de que la afectación administrativa hubiese interrumpido una utilización comunal. La respuesta debe ser aquí muy matizada y, en todo caso, es arriesgado afirmar criterios generales, dadas las variedades que pueden ofrecerse en cada caso en concreto.

1. En principio la recuperación directa es siempre posible mientras no hayan transcurrido veinticinco años, ya que en las relaciones entre el Municipio y los vecinos sobre bienes comunales no rigen las normas genéricas civiles de la posesión —por las que queda consolidada al cabo del año (artículo 460, 4.º)— sino las normas administrativas especiales. Y éstas sostienen la naturaleza comunal de los bienes, incluso durante veinticinco años de abandono. En este punto no existe la distinción civilista (y romanista) de la propiedad y la posesión.

2. Razones prácticas aconsejan, sin embargo, manejar este remedio con especial cautela: las facultades de policía con que cuenta el Ayuntamiento para la protección de los servicios públicos, puede suponer para los vecinos una represión dolorosa al margen de sus derechos a la utilización comunal.

3. Frente a la recuperación fáctica de los vecinos, es imaginable que el Ayuntamiento responda con una nueva recuperación al amparo del artículo 404 LRL que, de seguro, vendrá acompañada de una serie de sanciones administrativas y de policía general, contra las que habrá que acudir a la vía contenciosa, y como para su resolución será precisa la discusión de la naturaleza de los bienes, es claro que más vale empezar por ella, sin exponerse a los riesgos apuntados.

4. Parece también indudable la responsabilidad de la Administración por el empleo de estas vías de hecho.

D) DESAFECTACIÓN EXPRESA EN CONCENTRACIONES PARCELARIAS.

Otro supuesto, verdaderamente extraordinario y ajeno a la legislación local, se da en el procedimiento de concentración parcelaria. La Orden conjunta de Gobernación y Agricultura de 20 de julio de 1956, dictada con el fin de coordinar la legislación de concentración parcelaria con la de Régimen local, dispone en su artículo 2 que, en principio, los bienes comunales se consideran excluidos de la concentración y sólo podrán incluirse previos los requisitos siguientes: información pública, acuerdo con voto favorable de los dos tercios de la corporación, informe favorable del Servicio de Concentración Parcelaria y aprobación por el Ministerio de la Gobernación. Esta simple Orden Ministerial infringía a todas luces los principios de la Ley de Régimen Local que pretendía "coordinar", de aquí que no haya sido recogida en el Texto refundido aprobado por Decreto de 8.11.1962, cuyo artículo 14, con un espíritu muy distinto, dispone que

> "de la concentración parcelaria están exceptuadas las superficies pertenecientes al dominio público, así como los bienes comunales, salvo que soliciten su inclusión los Organismos o Entidades competentes. El Servicio de Concentración Parcelaria requerirá directamente de dichos Organismos o Entidades la determinación bajo su responsabilidad, de las superficies que por tener el indicado carácter deban ser excluídas de la concentración, pudiendo los particulares plantear ante los Organos y Tribunales competentes lo que convenga a su derecho y entendiéndose, que aquella determinación no constituye un deslinde en sentido técnico, ni prejuzga cuestiones de propiedad ni de posesión."

La cautelosa imprecisión con que está redactado este precepto nos exime de hacer un comentario más detenido. Sin las advertencias que se hacen dos párrafos más adelante, no creemos que haya ninguna Entidad u Organismo competente

para solicitar estas inclusiones, como no se trate de bienes comunales susceptibles de desafectación expresa por el transcurso de diez años de desuso.

E) EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 8 DEL REGLAMENTO DE BIENES. Dice así:

> Para alterar la calificación jurídica de los bienes de las Entidades locales, será preciso expediente en el que se demuestre la conveniencia del cambio de afectación, total o parcial, al uso, servicio o aprovechamiento de que se tratare.

De este precepto ya tuvimos ocasión de ocuparnos al hablar de las desafectaciones expresas, puesto que a él se remite el artículo 83 RB. Conforme a éste, es claro que todas las desafectaciones expresas por desuso de diez años deben someterse al procedimiento en aquél señalado. Ahora hemos de hacernos una pregunta de importancia capital: ¿es en cualquier caso de aplicación este procedimiento? o con otras palabras ¿puede la Corporación desafectar unilateralmente bienes comunales en cuanto se demuestre la conveniencia del cambio de afectación? ¿son suficientes las garantías que ofrece el párrafo segundo en relación con este primero de que estamos tratando?

A nuestro entender, la respuesta ha de ser una negativa rotunda (54), basando nuestra afirmación en las consideraciones siguientes:

(54) En contra, BARROS, quien al comentar el artículo 188 LRL en su *Derecho local de España*, 1951, observa que "parece a primera vista que se admite la posibilidad de que los primeros puedan perder algún día el carácter de dominio público, mientras que los comunales no son susceptibles de ser transformados en su destino, lo cual nos parece ilógico, pues, a nuestro juicio, las corporaciones pueden cambiar, si a sus intereses conviene, el destino y la forma de aprovechamiento de sus bienes, incluso los de aprovechamiento común, que pueden convertirlos en de propios o de uso público. Supongamos un Ayuntamiento propietario de un monte cuyo aprovechamiento y disfrute se viene haciendo por el común de los vecinos. Tiene ese monte el carácter de bien comunal, según el artículo 187 de esta Ley;

1.ª) En primer lugar, por una razón lógico-normativa: si pudiera manejarse en todo caso el procedimiento del artículo 8,1 RB, el requisito del artículo 83 carecería en absoluto de sentido. Si en este precepto se exigen dos elementos: el desuso de diez años y *además* el procedimiento del artículo 8, 1, es claro que la presencia de uno solo de estos elementos no es suficiente para la desafectación.

2.ª) A la misma conclusión se llega si nos atenemos a la naturaleza de estos bienes. Recuérdese que hemos separado las facultades del Municipio de las de los vecinos: si los aprovechamientos corresponden a éstos, es indudable que aquel no puede disponer sobre los mismos; y una desafectación es practicamente un cambio de aprovechamientos. Por ello, ninguna de las dos partes por sí sola puede resolver sobre el destino de los bienes comunales. Obsérvese que en todos los casos de desafectación hasta ahora examinados (55), quienes en definitiva resuelven sobre los mismos, son los vecinos, al abandonar el ejercicio de sus derechos.

3.ª) Si se admitiere esta hipótesis caería por su base el sistema de garantías y el reconocimiento de los derechos de los vecinos que ha realizado la LRL, cuyo espíritu y letra tienden tan marcadamente a la conservación del patrimonio comunal. Los derechos de los vecinos están fuera del alcance

---

pero en las inmediaciones del mismo se ha construido un aeropuerto o una estación de ferrocarril que exige una urbanización adecuada de aquella zona, o simplemente, sin haberse llevado a cabo construcciones de esta naturaleza, ese monte se halla alcanzado por el ensanche de la población, que exige su transformación en calles, plazas y solares. ¿Cabe dudar de que el Ayuntamiento puede suprimir el carácter comunal de ese terreno para convertirlo en todo o en parte en de dominio público o simplemente en bien de propios? Entendemos que no puede negarse esta facultad a las Corporaciones, porque ello iría contra el principio de la adecuada administración de sus bienes para el cumplimiento de los fines esenciales que la exégesis de los tiempos demandan para el florecimiento del Municipio".

(55) Auténtica excepción constituye, sin embargo, el supuesto de la concentración parcelaria. La explicación se encuentra en su especialidad. Su norma reguladora no procede del ordenamiento jurídico local, en ella se desconoce por completo el papel de los bienes comunales y, en la práctica, es irrealizable. Lo defectuoso de la excepción confirma, sin duda, la regla.

de las decisiones unilaterales de la Administración. Como ya formuló hace seiscientos años ANDREA D'ISERNIA, *ipsa iura naturalia princeps tollere non potest.*

F) EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 8 DEL REGLAMENTO DE BIENES.

Dice así:

> No será necesario expediente de calificación jurídica cuando la alteración derivase expresa o implícitamente de actos administrativos dictados con iguales o mayores solemnidades que las señaladas en los dos párrafos anteriores y, en especial, de planes o proyectos de ordenación urbana, obras o servicios en los que hubiere recaído aprobación del Ministerio de la Gobernación o de las Comisiones de Servicios técnicos o de Urbanismo.

Frente a una corriente muy generalizada que sostiene la aplicación de este precepto a los bienes comunales, nosotros afirmamos su inaplicabilidad, en base a las siguientes consideraciones:

1.ª) El texto no puede ser interpretado aisladamente, sino por su situación sistemática: Es el párrafo tercero del artículo 8 RB, y representa sencillamente una modalidad o especificación del párrafo primero que, como hemos visto, no se refiere a los biens comunales.

2.ª) Las consecuencias de esta desafectación supondrían una mutilación de los derechos de los vecinos, lo cual no puede realizar el Municipio, cuyas facultades son dominicales en sentido estricto, sin alcanzar a los aprovechamientos vecinales. De esta manera, la desafectación implícita del 8, 3 RB, supondría una extralimitación de las facultades municipales, que sólo sería admisible de estar autorizada por una ley. Pero nótese que nos encontramos ante un precepto reglamentario, que no tiene correspondiente en la Ley de Régimen Local, cuyo artículo 194, al regular las desafectaciones de bienes comunales, no prevé tal supuesto. Lo cual significa que si se pretende ampliar su alcance a los bienes comunales,

se provoca automáticamente su nulidad por entrar en contradicción con la Ley de Régimen Local.

3.ª) Todavía hay un último y definitivo argumento. El acuerdo municipal de inclusión de bienes comunales en un plan urbanístico que implicara su desafectación, es decir, que suprimiese los aprovechamientos comunales, sería nulo por entrar en contradicción con los artículos 192 LRL y 77 a 93 RB. El aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales —tal como examinaremos más adelante— no es libre, sino que está sujeto al limitado repertorio de posibilidades que señalan los citados artículos. Es claro que cualquier tipo de aprovechamientos que exceda de las posibilidades legales, es nulo. Pues bien, no ofrece ninguna duda el que un destino urbanístico no comunal (incluso aún cuando se trate de un parque público, porque ésto supondría un uso público y no vecinal) no puede encajarse de ninguna manera en el repertorio del artículo 192 LRL, y por lo tanto sería nulo, y en consecuencia incapaz de provocar una desafectación implícita.

G) Desafectación por voluntad de los vecinos.

¿Será posible una desafectación de bienes comunales operada por la simple voluntad de los vecinos? A la vista de cuanto llevamos escrito y si se recuerda especialmente la naturaleza jurídica de estos bienes, es fácil deducir que la respuesta ha de ser negativa. Por las mismas razones que el Municipio no puede unilateralmente producir esta desafectación sin contar con los vecinos, tampoco pueden los vecinos provocarla sin la colaboración del Municipio. Más aún, como ya se aludió en la nota 44, *la colaboración entre uno y otros —entre el Municipio y los vecinos en cuanto titulares de los derechos concurrentes sobre los bienes comunales— no puede tener lugar por la simple y libre concurrencia de voluntades, sino únicamente mediante el cauce señalado por la ley*, es decir, el transcurso de un desuso decenal y la declaración adminis-

trativa formal de conveniencia de desafectación. El Tribunal Supremo ha hecho una aplicación rigurosa de este principio en la sentencia de 10.4.1933:

El Ayuntamiento de Cañar en sesión del Pleno celebrada el 5.4.1926, con carácter extraordinario, haciendo constar que *así lo solicitaban la mayoría de los labradores propietarios del término y por la conveniencia que representaría al pueblo* la cesión al Estado de los terrenos procomunales llamados "Los Jarales", para que la División Hidrológica Forestal del Guadalquivir hiciera las obras de plantación necesarias para evitar los continuos arrastres de tierra al río Sucio, cedió dichos terrenos. Posteriormente, y al amparo del Decreto de 12.6.1930, declaró lesivo el acuerdo y solicitó su anulación en la vía contencioso-administrativa. Pues bien, no obstante las poderosas razones que abogaban por el mantenimiento de esta enajenación —a saber, largo tiempo transcurrido, asentimiento de la mayoría de los vecinos, conveniencia de todos, gastos realizados por el Estado que deberían ser resarcidos, existencia de masas arbóreas repobladas por el Estado, y en cuya propiedad se le mantiene un tiempo, provocando una enojosa situación de dominio dividido— el Tribunal anula sin contemplaciones el acuerdo de enajenación, argumentando que las atribuciones de los Ayuntamientos respecto al aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales, se hallan limitadas por las disposiciones citadas, y todo acto que no se ajuste a aquellas reglas, constituye una transgresión, tanto más cuanto, como en el caso de autos, se enajena y cede al Estado un bien inmueble del común de los vecinos, para lo que carece de facultades el Ayuntamiento, que podría hacerlo de sus bienes patrimoniales y eso en determinadas condiciones..., por lo que es manifiesto que el acuerdo declarado lesivo vulnera disposiciones legales e invade derechos de propiedad que no le corresponden.

Esta solución negativa es tradicional en la historia de esta institución. En el capítulo referente al "ocaso de los bienes comunales" tendremos ocasión de ver como, salvo excepciones, nunca se ha reconocido a los vecinos la facultad de dis-

poner de estos bienes. Ahora bien, la razón jurídica que ordinariamente se ha invocado es muy diferente de la nuestra. Los autores clásicos gustaban de apelar a los intereses de las "generaciones futuras", que podrían verse perjudicados con la desafectación (56). Pero este argumento hoy es ya inadmisible. Hoy vemos claro que esta dramática invocación a las generaciones futuras era un desesperado esfuerzo por imputar a alguien los bienes comunales, de los que los autores clásicos tenían clara conciencia que no pertenecían a los vecinos, pero a los que, en su técnica rudimentaria, no sabían a quién atribuir. A mayor abundamiento, en la actualidad los artículos 194 LRL y 8, 5 RB, rechazan implícitamente esta teoría desde el momento en que admiten un desuso de las facultades de los vecinos que implica una desafectación, y que se desarrolla dentro de la vida de una misma generación: diez y veinticinco años, según los casos.

Durante la vigencia del Estatuto Municipal (y luego la ley de 1935) rigió, sin embargo, el principio contrario, ya que era posible que los vecinos decidieran por sí mismos la enajenación de los bienes comunales, si así se aprobaba en un referendum (arts. 220, 1 y 150 n. 25). Ahora bien, el hecho de que estos preceptos hayan desaparecido de la legislación vigente es un argumento más en apoyo de nuestra solución negativa. Si no el interés de las generaciones futuras, el interés común representado en los derechos del Municipio constituye hoy un impedimento legal infranqueable a las desamortizaciones y enajenaciones decididas unilateralmente por los vecinos, fácilmente inclinados a una dilapidación precipitada del patrimonio municipal y vecinal. Los amplios plazos que la ley impone a los supuestos de desuso (que constituyen una forma de manifestación de la voluntad de los vecinos) son una garantía contra la ligereza o las maniobras de mala fe.

---

(56) Recuérdese que hasta hace unos años era también corriente apelar a las generaciones futuras para justificar las medidas protectoras y de conservación de los montes. Hoy se ha abandonado por completo esta terminología.

Podrá quizá objetarse que el desuso prolongado durante veinticinco años produce automáticamente la desafectación y que, por tanto, supone una forma unilateral de disposición de los bienes, en la que no concurre la voluntad del Municipio. A primera vista, en afecto, así es; pero es claro que entre este supuesto y el que ahora nos ocupa existen diferencias esenciales, que impiden su homologación. Dejando aparte la consideración formal de que un caso está previsto y admitido en la ley y el otro no, debe tenerse en cuenta que en uno nos encontramos ante una prescripción extintiva, cuyo fundamento jurídico y teleología práctica tienen muy poco que ver con la decisión unilateral e inmediata de desafectación, cuyo paralelo institucional no sería la prescripción sino el abandono. Figuras cuya distinción es ya obvia para la doctrina moderna.

V. ENAJENACION

Una vez desafectados los bienes comunales y convertidos en bienes de propios, queda levantada la primera barrera o limitación de su enajenación, pero ello no significa libertad de transmitir: aún quedan una serie de limitaciones formales, inherentes a todo el patrimonio municipal. En realidad este tema no debiera corresponder al estudio de los bienes comunales, puesto que nos encontramos ya ante bienes de propios; pero es lógico que hagamos una breve exposición de la materia.

La regulación legal es bastante detallada. Aquí son de aplicación los siguientes artículos de la Ley de Régimen Local:

Art. 189. 1. Los bienes inmuebles de propios no podrán enajenarse, gravarse, ni permutarse sin autorización del Ministerio de la Gobernación, previo informe del Ministerio de Hacienda, cuando su valor exceda del 25 por 100 del Presupuesto anual de la Corporación. No obstante, se dará cuenta al Minis-

terio de la Gobernación de toda enajenación de bienes inmuebles que se proyecta.

2. Tampoco podrán cederse gratuitamente sino a Entidades o Instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, y previa autorización del mismo Ministerio.

3. Se exceptúan de la aprobación del Ministerio las cesiones autorizadas por leyes especiales.

Art. 190. Las enajenaciones de bienes de propios, así como las de los de dominio público desafectados al uso o servicio público en forma legal, y autorizadas conforme al artículo 189, habrán de realizarse por subasta pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario.

Y también los siguientes del Reglamento de Bienes:

Art. 95. 1. Los bienes inmuebles de propios no se podrán enajenar, gravar, ni permutar sin autorización del Ministerio de la Gobernación, previo informe del de Hacienda, cuando su valor exceda del 25 por 100 del Presupuesto ordinario.

2. Tampoco podrán cederse gratuitamente sino a Entidades o Instituciones públicas, para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, y previa autorización del Ministerio de la Gobernación.

3. Se exceptúan de la aprobación ministerial las cesiones autorizadas por leyes especiales.

4. No obstante, toda enajenación, gravamen, permuta o cesión gratuita de bienes inmuebles de propios que no requiera la aprobación del Ministerio de la Gobernación, deberá ser puesta en conocimiento del mismo.

5. No procederá la cesión gratuita cuando fuere posible atender a las finalidades de que se tratare manteniendo la Entidad local el dominio o condominio de los bienes o constituyendo sobre ellos algún derecho real.

Art. 96. 1. En todo caso, la cesión gratuita de bienes requerirá acuerdo favorable de las dos terceras partes del número legal de miembros de que se componga la Corporación, previa instrucción de expediente con arreglo a estos requisitos:

a) Justificación documental por la propia Entidad o Institución solicitante de su carácter público, y Memoria demostrati-

va de que los fines que persigue han de redundar de manera evidente y positiva en beneficio de los habitantes del término jurisdiccional;

b) Certificación del Registro de la Propiedad, acreditativa de que los bienes se hallan debidamente inscritos en concepto de propios de la Entidad local;

c) Certificación del Secretario de la Corporación en la que conste que los bienes figuran en el Inventario aprobado por la Corporación con la antedicha calificación jurídica;

d) Informe del Interventor de fondos en que se pruebe no haber deuda pendiente de liquidación con cargo al Presupuesto ordinario, ni a los extraordinarios, si existieren;

e) Certificación del Registro de la Propiedad dé que los bienes fueron adquiridos a título gratuito, o que, de haberlo sido a título oneroso, han transcurrido treinta años desde la fecha de adquisición;

f) Dictamen suscrito por técnico que asevere que los bienes no se hallan comprendidos en ningún plan de ordenación, reforma o adaptación, no son necesarios para la Entidad local, ni es previsible que lo sean en los diez años inmediatos, y

g) Información pública de plazo no inferior a quince días.

2. La cesión de solares al Instituto Nacional de la Vivienda para construir viviendas de renta reducida, revestirá normalmente la forma de permuta de los terrenos por el número equivalente de aquéllas que hubieren de edificarse, y cuando esto no fuere posible, la cesión gratuita no precisará el cumplimiento de los requisitos *d)* y *e)* del párrafo precedente.

Art. 97. 1. Todas las cesiones de bienes patrimoniales quedarán sujetas a estas condiciones:

a) Que los fines para los cuales se hubieren otorgado, se cumplan en el plazo de cinco años, y

b) Que su destino se mantenga durante los treinta siguientes.

2. Transcurrido uno u otro plazo sin que se hubieren cumplido las citadas condiciones, los bienes revertirán automáticamente de pleno derecho al patrimonio de la Entidad cedente, con sus pertenencias y accesiones.

Art. 98. 1. Las enajenaciones de bienes de propios y las de dominio público desafectado del uso o servicio público, en

forma legal, y autorizadas conforme al artículo 189 de la Ley y 95 de este Reglamento, habrán de realizarse por subasta pública.

2. Se exceptúa la enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y la equivalencia de valores.

Art. 99. En cualquier supuesto, las enajenaciones de bienes cuyo valor exceda del 10 por 100 del Presupuesto ordinario de ingresos, deberán ser acordadas con voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho, y en todo caso, de la mayoría absoluta legal de los miembros de la Corporación.

También es, por último, de tener en cuenta la Circular de 14 de septiembre de 1951:

... la enajenación, gravamen o permuta de bienes municipales ha de efectuarse solicitando autorización del Ministerio de la Gobernación, cuando el valor de los bienes exceda del 25 por 100 de su presupuesto anual. A la solicitud de autorización deberá acompañarse, inexcusablemente, la certificación acreditativa de que el acuerdo fue adoptado en sesión con los requisitos exigidos por el artículo 303 de la LRL. De la misma forma deberá tenerse en cuenta que el acuerdo ha de adoptarse por el Ayuntamiento Pleno, por estar atribuido a su competencia.

También se acompañará certificación del importe total del presupuesto anual de la Corporación, así como del valor pericial de los bienes, correspondiente al momento en que el acuerdo se tome y el asignado en Inventario. Y en todo caso, se justificará que se trata de bienes de propios, mediante certificado resultante de tal inventario, que estará completado con la última rectificación anual que comprenda la fecha en que la enajenación se haya acordado. De igual manera, habrá de hacerse constar en debida forma cuáles son las causas y la necesidad de la enajenación que se proponga.

En el caso del párrafo último del apartado primero del artículo 189 de LRL, deberá justificarse el carácter y naturaleza jurídica de los bienes cuya enajenación se pretenda, el importe del presupuesto anual de la Corporación y el valor pericial de aquellos bienes, mediante las oportunas certificaciones.

Cuando se trate de permuta se integrará el expediente con los datos anteriormente expresados y las diligencias de notificación a las partes del valor que se ha señalado a los bienes

de una y otra, debiendo figurar la exacta conformidad de las mismas con los valores asignados, así como el compromiso de abonar la deudora a la acreedora la diferencia que resultase, si la hubiera, y expresándose al propio tiempo la libertad de cargas de las fincas que ofrezcan los particulares para la citada permuta.

Si el acuerdo se refiere a cesiones gratuitas, deberá solicitarse autorización ministerial cualquiera que sea el valor de los bienes. La excepción establecida en el párrafo tercero del artículo 189 de la Ley comprenderá aquellas que por precepto legal, concretamente, mencionare el acto expresado...

A fin de evitar la posibilidad de que se solicite la enajenación de bienes comunales al amparo de preceptos que solamente son aplicables a los de Propios, se recuerda muy especialmente que aquellos, así como los de dominio público, son inalienables, imprescriptibles e inembargables, por expresa disposición del artículo 188 LRL, y por tanto, sin perjuicio de no dar trámite a la solicitud, es necesario hacer constar que cualquier falsedad o tergiversación con respecto al carácter y naturaleza jurídica de los que se pretenda enajenar, es delictiva.

Teniéndo en cuenta lo indicado al iniciar este epígrafe, y la abundante bibliografía existente sobre el tema (57), nos vamos a limitar a hacer las siguientes consideraciones:

1. Existe una práctica muy generalizada en el Ministerio de la Gobernación —que bien podría denominarse corruptela— conforme a la cual se exige la aprobación superior previa, incluso en los casos en que ésta no es precisa legalmente.

(57) Además de los Tratados y Manuales de régimen local, son de tener en cuenta: GONZÁLEZ PÉREZ, "Enajenación de bienes municipales", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, págs. 262 y sigs.; y "La enajenación de los bienes inmuebles de las Entidades locales en la nueva reglamentación de contratación y bienes", en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 83. Y en el núm. 7 de esta misma Revista, LORENTE SANZ, "Enajenación de bienes municipales". Cfr., además, la bibliografía citada por MARQUÉS CARBÓ en la pág. 892 del tomo I de *El Derecho local español*, 1957. Cfr. también los números 11 y 12 del año 1956 del *Consultor de los Ayuntamientos*, donde aparece un modelo de expediente para la enajenación de un edificio de propiedad municipal.

A este respecto —y sin que estas líneas signifiquen naturalmente una provocación a la desobediencia— es de anotar:

a) El Ministerio de la Gobernación carece de facultades para ordenar a los Ayuntamientos que sujeten las enajenaciones a una previa autorización en los casos en que no esté dispuesto así legalmente. El Ministerio de la Gobernación actúa aquí con facultades de tutela y no de jerarquía, y aquéllas, a diferencia de éstas, no son ilimitadas. Los preceptos de la LRL y del RB vinculan al Ministerio de la Gobernación con la misma fuerza que a los Ayuntamientos, máxime cuando se trata de una materia en la que no puede imputarse ligereza u olvido al legislador, ya que está regulada con todo detalle, al ser un punto de la mayor transcendencia político-administrativa (58).

b) Esto sentado, la consecuencia es que si se realiza la enajenación, aún sin haber recibido la aprobación expresa del Ministerio de la Gobernación, será perfectamente válida.

2. ¿Cuál es entonces el papel de la comunicación que se exige en los casos en que no es precisa la autorización? Aparte del interés del conocimiento de la situación exacta de los patrimonios municipales, estadísticos y similares, facilita este trámite el control de la regularidad del procedimiento de enajenación, que la Ley ha fijado de una manera rigurosa y detallada.

3. El interés de este control sube de punto cuando se trata de cesiones gratuitas, en las que deben valorarse no sólo los trámites formales del procedimiento, sino, además, elementos tan sustanciales e indeterminados como el "bene-

---

(58) Más aún, se trata de una de las piedras de toque más significativas a la hora de determinar el grado de autonomía de las Entidades locales. La evolución no puede ser más clara. Recuérdese que la Ley de 1877 exigía la aprobación del Gobernador civil, el Estatuto Municipal declaró la exclusiva competencia del Municipio, e igualmente la Ley Municipal de 1935 (con el breve paréntesis del R. D. de 2.4.1930, que exigió la previa conformidad del Ministerio de Hacienda).

ficio de los habitantes del término municipal" de que habla el artículo 189 LRL.

Las líneas directrices de este control están ya marcadas por una interesante jurisprudencia, de la que es de recordar, entre otras, la sentencia de 29.1.1930:

> que si bien ... resulta que los Ayuntamientos tienen facultad para adquirir bienes y derechos reales y para enajenar los pertenecientes al Municipio y comunidad, es indudable y cierto igualmente que la referida facultad no es ni puede ser en su ejercicio, por parte de las indicadas Corporaciones, en absoluto discrecional, ni menos caprichosa, sino que, por el contrario, orientada y determinada siempre en relación a lo que constituye y es realmente deber principal de las mismas, o sea la buena administración y conservación de los bienes de la Comunidad y el cumplimiento exacto de los fines y servicios (de competencia municipal",

y la de 10.4.1933, de la que nos ocuparemos detenidamente más adelante.

4. Rodríguez de Alarcón (59) interpreta la palabra "leyes" del párrafo tercero, en su sentido estricto de ley formal. Sin embargo, son muy escasas las leyes formales que autorizan estas cesiones (Ley del Suelo, arts. 152 y ss.). La técnica normativa ordinaria consiste en una disposición administrativa (Decreto, Orden e incluso Circular) que no dispensa ciertamente la autorización ministerial, pero que faculta a los Ayuntamientos genéricamente para realizar determinadas cesiones (60). Aquí se trata, pues, de una presunción abstracta de que las cesiones tipificadas "redundan en beneficio de los habitantes del término municipal".

5. Los artículos 190 de la Ley y 98 del Reglamento al establecer el requisito general de que las enajenaciones han de realizarse mediante subasta, parece que excluyen los casos de bienes de propios resultantes de una desafectación de bie-

---

(59) "La cesión gratuita de bienes municipales", en *La Administración Práctica*, julio 1956, citado por Marqués Carbó en loc. cit quien hace suya su opinión.

nes comunales, ya que aluden concordante y literalmente a "bienes de propios y los de dominio público desafectados del uso o servicio público, en forma legal". Al no ver ninguna razón lógica o jurídica que justifique esta exclusión, entendemos que debe suplirse el olvido legal y entender exigible también este requisito para los bienes aludidos.

6. Especial atención merece todavía la construcción dogmática de la autorización ministerial, ingerencia tutelar de la Administración del Estado, para suplir la incapacidad de los entes locales (61).

La naturaleza tutelar de la autorización fue puesta expresamente de relieve por los primeros administrativistas franceses; ahora bien, lo que con esta fórmula pretendían ellos explicar era su falta de efectos civiles por tratarse de

---

(60) Así la O. 15.10.1938 (Auxilio Social), D. 16.10.1941 (Obra Sindical del Hogar), D. 30.9.1948 (Frente de Juventudes y Sección Femenina), D. 20.1.1950 (Sindicatos), O. 21.9.1955 (aclaratoria de las normas relativas a la cesión de inmuebles al Instituto Nacional de la Vivienda y para la construcción de viviendas de renta limitada).

(61) Técnicamente, la autorización actúa independientemente de la enajenación, como presupuesto de ella, sin que pueda hablarse, por tanto, de acto complejo. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Enajenación de bienes municipales*, cit., págs. 262 y sigs. Y con carácter más general, CLAVERO ARÉVALO, *El recurso contencioso-administrativo contra reglamentos y ordenanzas en la nueva Ley de Régimen local*, separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951, pág. 20; GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 1958, pág. 399, y, sobre todo, ENTRENA CUESTA, "El acto administrativo complejo en la esfera local" en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 95, 1957, páginas 657 y sigs. Para ALVAREZ GENDIN, "¡Máxima descentralización, pero máxima responsabilidad!", en el número 29 de la Revista últimamente citada, pág. 725, los actos locales sometidos a la autorización de la Administración Central pueden constituir actos de naturaleza compleja.

Una curiosa justificación de la intervención administrativa en materia de enajenaciones puede verse en CASTILLO DE BOBADILLA *(Política de corregidores* ... cit. II, pág. 671): "Como el Príncipe sea padre, cabeza y tutor de la República, y Señor de la jurisdicción... y como esposo de la República, y obligado a la defensa, y cargas del matrimonio, se le deben entregar sus bienes, como dotales, en administración; y así, es propio de su atributo, y naturaleza real gobernar, proveer, y ver como se sustenta, gasta y comunica a los miembros y a su pupila y esposa la sustancia, facultad de ello, cuyo administrador es... y así está bien ordenado que por licencia real y del Consejo se enajene, y disponga de los Propios de los pueblos".

una medida puramente administrativa (62). Por su parte, la doctrina corporativista alemana clásica veía en la tutela un instrumento de penetración del poder señorial (o estatal) en la organización comunal (63).

Es de advertir, además, que en algún momento histórico la incapacidad del Municipio en materia de enajenaciones era completada, no ya por la aprobación regia, sino por la de los propios vecinos (64) e, incluso, por ambos a la vez (65).

---

(62) Según DESJARDINS *(De l'alienation...*, cit., págs. 484-485), "la autorización no es más que una medida de tutela, que para nada prejuzga la validez del contrato. Siempre se podrá atacar al mismo por causa de dolo, error, fraude y, en general, por todas las causas de nulidad del derecho común. Cuando el Prefecto dice *autorizo*, quiere decir *estimo* que la venta es oportuna". Para HENRION DE PANSEY *(Des biens communeaux...*, cit., pág. 315), la autorización afecta solamente al orden público y no al derecho público. Lo que significa que la inobservancia de esta formalidad puede ser subsanada por el silencio de las partes interesadas, ya que si nada puede prevalecer contra el derecho público, es decir, contra la constitución y las leyes fundamentales del Estado, es algo muy diferente cuando se trata de medidas de orden público, que no pretenden más que dirigir los movimientos de la sociedad, pero que no la constituyen. Por otra parte, si el defecto de la autorización acarrease la nulidad de pleno derecho del contrato de venta, el resultado sería emplear contra las comunas una medida establecida evidentemente a su favor. La nulidad que se deriva del defecto de autorización es, pues, para este autor, simplemente relativa.

(63) Según esto, el régimen de tutela es consecuencia de haber considerado los bienes comunales como el patrimonio de una persona moral (SCHILTER), y en cuanto tal, con frecuencia como un bien puramente estatal (MAURENBRECHER) y, en todo caso, como un bien público. Partiendo de aquí era ya forzoso el reconocimiento a los órganos superiores o tutelantes de la facultad, y aun la obligación, de imponer medidas para asegurar la dedicación de los bienes de las personas públicas a sus fines esenciales, haciendo depender, en último extremo y como consecuencia de lo anterior, de una aprobación superior toda disposición general que afectase a los bienes comunales. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., pág. 658. Una expresión legislativa de esta tesis doctrinal puede verse en el artículo 12 del *Er'ass* ministerial austríaco de 1850, ya citado, en el que se declara expresamente que la falta de autorización provoca la nulidad de la enajenación, sin que de la misma puedan, por tanto, surgir derechos a favor de terceros.

(64) Lo que supondría una confirmación más de nuestra tesis sobre la naturaleza jurídica de los bienes comunales en orden a los diferentes derechos que sobre ellos concurren.

(65) En Italia antiguamente —nos informa GIRIODI, *Il comune*, 1895, pág. 105— la venta estaba condicionada por la aprobación de todos los vecinos reunidos a toque de campana, y a veces por el con-

Para nuestra jurisprudencia, la falta de aprobación constituye una infracción formal que acarrea indefectiblemente la nulidad del acto (66).

VI. EXPROPIACION FORZOSA

1. *Expropiación por terceros.*

Conocida es la polémica en torno a la posibilidad de expropiación del dominio público (67); pero no es preciso entrar aquí en ella, debido precisamente a que nuestra tesis de que los bienes comunales —tal como dice la ley— son bienes patrimoniales y no bienes de dominio público, nos permite ahora afirmar la posibilidad de expropiar los bienes de esta naturaleza sin prejuzgar la discusión.

El auténtico problema surge cuando se trata de determinar quién sea el expropiado: a nuestro modo de ver, el Municipio, puesto que él es —quiérase o no— el "propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación", de que habla el artículo 3, 1 de la Ley de Expropiación, y a mayor abundamiento, el apartado 2 del mismo artículo determina que "salvo prueba en contrario, la Administra-

---

sentimiento regio. Hoy basta la decisión de su representante, el consejo comunal, y la aprobación superior. En este procedimiento los particulares pueden intervenir alegando perjuicios en la agricultura o en la ganadería, en cuyo caso, deberá determinarse el mantenimiento de las porciones que sean necesarias para tales fines.

(66) Véase en este sentido la reciente sentencia de 3.4.1961.

(67) En España sostiene la tesis negativa, GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, 1955, páginas 56-57; en contra, GARRIDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, II, págs. 460-461, quien no ve ninguna dificultad en que la mutación demanial se logre a través de un expediente de expropiación forzosa, "siempre que se articulare de tal forma que la ponderación de los intereses públicos en juego pudiere ser realizada con carácter previo a la declaración de interés público y que la decisión correspondiese al Consejo de Ministros". Cfr. posteriormente, RODRÍGUEZ MORO, *La expropiación forzosa*, 2.ª ed., 1962, págs. 77 y sigs. Para la debida inteligencia del pensamiento de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre este punto, no hay que olvidar que, por lo que afecta a la aparente expropiación de parcelas de dominio público en los casos de traslado de poblaciones, es aceptado por él en la pág. 57 (nota) de su obra citada.

ción expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en Registros públicos..." (68).

Ahora bien, el artículo 4 de la misma Ley señala que "siempre que lo soliciten, acreditando su condición debidamente, se entenderán también las diligencias, con los titulares de derechos reales e *intereses económicos directos* sobre la cosa expropiable". Aquí hay que considerar comprendidos a los vecinos, ya que si es discutible si son titulares de derechos reales, no puede ponerse en duda que son titulares de intereses económicos directos. En el apartado 2 del citado artículo 4 se dice que "si de los Registros que menciona el artículo 3.° resultase la existencia de los titulares a que se refiere el párrafo anterior, será preceptiva su citación en el expediente de expropiación. No obstante, aún en el caso de que se haya inscrito debidamente en el Registro de la Propiedad el bien comunal, al no aparecer en él relacionados nominalmente los beneficiarios, entendemos que la citación podrá realizarse de acuerdo con el artículo 46, 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con el 80, 2. Por otro lado, la jurisprudencia viene admitiendo la representación corporativa de la Comunidad vecinal a través del Ayuntamiento por aplicación de los artículos 4 y 5 de la Ley de Régimen Local. La razón de estas citaciones estriba en el derecho que tienen a ser indemnizados los titulares de tales derechos e intereses, dada la amplia fórmula del artículo 1 de la Ley (69) (70).

---

(68) La Resolución de la Dirección General de Registros de 24.1. 1889, sin llegar a poner siquiera en duda la posibilidad de una expropiación forzosa sobre bienes comunales, determina que es el Ayuntamiento el que tiene que intervenir en el expediente en concepto de propietario.

(69) Si bien el articulo 42 de la Ley habla solamente de la "determinación del justo precio de los derechos reales" (como no podía ser otra cosa, dado el objetivo del artículo), el artículo 6.° del Reglamento determina que "los titulares de derechos *o intereses* sobre el bien expropiado... no percibirán indemnización independiente, sin perjuicio de que puedan hacerlos valer sobre el justo precio derivado de la expropiación principal".

(70) Si los bienes comunales son montes catalogados, habrán de ser tenidos en cuenta los artículos 45 a 49 del Reglamento de Montes:

Art. 45: "Los montes del Catálogo sólo podrán ser expropiados

No se nos ocultan, sin embargo, las dificultades prácticas de esta participación de los vecinos en el precio de la expropiación, dado el número, ordinariamente elevado de los comuneros, en relación con la extensión, ordinariamente reducida, que se suele expropiar; sin olvidar tampoco el interés económico y social en el mantenimiento de los aprovechamientos comunales, que son más interesantes que la percepción de una cantidad en metálico.

En otro lugar hemos visto cómo en ocasiones similares no vacilaron los vecinos de los pueblos en comprar los bie-

---

para obras y trabajos cuyo interés general prevalezca sobre la utilidad pública del monte afectado".

Art. 46: "Salvo conformidad expresa del Ministerio de Agricultura, la utilidad pública o el interés social del fin a que haya de afectarse el monte expropiado, habrá de ser declarada en cada caso por Ley votada en Cortes o reconocida por acuerdo del Consejo de Ministros, previo expediente en el que, con audiencia del Ministerio de Agricultura, se sustancie separadamente la existencia del interés preferente a que se refiere el artículo anterior".

Art. 47: "Dicho expediente se iniciará mediante la remisión por el beneficiario de la expropiación al Servicio Forestal correspondiente de una descripción suficiente del monte catalogado o la parte de él cuya expropiación considere necesaria y de una Memoria en la que haciéndose referencia circunstanciada a los títulos que justifican el derecho a expropiar se razone la existencia de un interés general que deba prevalecer sobre la utilidad pública del monte cuya expropiación se proyecta".

Art. 48: "El Servicio Forestal, dentro de los diez días siguientes a la presentación del expediente, dará vista del mismo, por término de quince días, a la entidad propietaria del monte, y elevará lo actuado con su informe, que emitirá en el término de un mes, una vez cumplida la audiencia anterior, a la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial que, oído el Consejo Superior de Montes, propondrá al Ministerio lo que proceda".

Art. 49: "1. Si el criterio del Ministerio de Agricultura fuera favorable a la expropiación, se comunicará así al expropiante para que pueda seguir su curso el expediente por los trámites establecidos en la legislación sobre Expropiación Forzosa. En otro caso, se dará cuenta al Ministerio del que dependa el beneficiario de la expropiación o los trabajos correspondientes, resolviéndose por el Consejo de Ministros la eventual discrepancia entre ambos Ministerios.

2. En los expedientes que promuevan los Ministerios del Ejército, Marina y Aire para la declaración de utilidad pública —en expropiaciones que afecten a montes catalogados, se dará audiencia al de Agricultura y se resolverá por el Consejo de Ministros, al mismo tiempo, acerca de la utilidad pública necesaria para la expropiación y de la preferencia de esta utilidad sobre la atribuida al monte por su inclusión en el Catálogo".

nes de aprovechamiento comunal, injustificadamente desamortizados, al objeto de poder continuar los aprovechamientos. A este respecto el artículo 48,2 de la Ley de Expropiación Forzosa nos ofrece una solución que consideramos ideal para estos supuestos: el pago contenido, no ya en dinero, sino en especie, concretamente en una porción de terreno equivalente, lo que significaría, a la postre, una permuta; una aplicación práctica de estos supuestos podría verse en el artículo 26,2 de la Ley de Expropiación Forzosa (70 bis).

Esta variedad de la permuta es extremadamente sugestiva, porque no sólo evita todos los espinosos problemas de la indemnización, sino que además es la que mejor compatibiliza los intereses públicos con los comunales: aquéllos se ven mantenidos sin otra variación que un cambio de objeto. Como es lógico, los bienes que se permutan deberían ser afectados simultánea o previamente al aprovechamiento comunal.

La legislación local ha sostenido expresamente esta solución de la permuta en los casos de expropiaciones que dan lugar a traslado de poblaciones. Concretamente, el artículo 17 LRL determina:

> Las fincas adquiridas por el Instituto Nacional de Colonización para acoger pueblos trasladados, como consecuencia de la ejecución de obras públicas, constituirán desde el momento mismo de la adquisición el nuevo término municipal, *aplicándose el producto de la enajenación o expropiación de los bienes municipales de todas clases que existan* en el término municipal a que se extienda la obra pública, a la satisfacción de las necesidades del nuevo Municipio y, muy *especialmente, a la adquisición de los bienes que hayan de sustituir a los enajenados o expropiados como base del nuevo patrimonio.*

(70 bis) En el Derecho alemán se prevé expresamente la expropiación de los aprovechamientos vecinales y, en todo caso, se declara que de ser posible, y a petición de los particulares, se asignarán parcelas concretas como indemnización. Véase, por ejemplo, el artículo 70 de la *Gemeindeordnung* bávara de 25.1.1952.

Criterio que se reitera en el artículo 7 del Reglamento de Población y Demarcación de 17 de mayo de 1952 y, mejor todavía, en el artículo 87 RB:

1. Las fincas que, en cumplimiento de su misión, adquiera el Instituto Nacional de Colonización, podrán ser adjudicadas, total o parcialmente, a los Ayuntamientos de los respectivos términos municipales donde radicaren, siempre que lo soliciten, en los dos supuestos siguientes: *a)* cuando la extensión íntegra del predio o la porción del mismo que se otorgue sea apta para el establecimiento de huertos familiares, aunque la instalación de éstos requiera la previa realización de obras o mejoras determinadas, y *b)* cuando las características sociales del Municipio y las *necesidades del vecindario requieran que se confiera a éste el disfrute comunal de la totalidad o parte del inmueble.*

3. El valor de adquisición de la finca o parte de ella que se adjudique al Ayuntamiento y el de las mejoras que realice el Instituto así como los intereses correspondientes, se reintegrarán a este Organismo por la Corporación adjudicataria en el número de anualidades, no superior a veinticinco, que para cada caso señale el Consejo Nacional de Colonización.

4. En tanto el Ayuntamiento no satisfaga al Instituto el total importe de dichas cantidades continuará atribuido a éste el dominio del inmueble y le corresponderá la aprobación de las normas que para el disfrute de los huertos familiares o para la ordenación del aprovechamiento comunal dicte el Ayuntamiento, pudiendo adoptar aquel organismo cuantas medidas estime oportunas para evitar o corregir la infracción de dichas normas.

Art. 88. Las fincas que se adjudiquen a los Ayuntamientos en el supuesto a que se refiere el apartado *a)* del párrafo 1 del artículo anterior, *tendrán el carácter de bienes comunales,* y los huertos que en las mismas se establezcan quedarán, desde la adjudicación definitiva de aquellos, sujetos a las normas generales que rijan respecto de estas unidades de explotación y a lo que, en cuanto a ellas no se oponga, acuerde la Corporación (71).

---

(71) Como puede apreciarse, el RB rebasa aquí notoriamente el alcance de la LRL. En primer lugar, las fincas a que se refiere no son consecuencia necesaria de un traslado de Municipio, es decir, de una expropiación indemnizada mediante permuta. En segundo lugar, califica terminantemente de bienes comunales a los huertos familiares, lo que nos obliga a hacer un estudio de su régimen en otro lugar de la obra. Y, por último, admite la existencia —si bien provisional y cro-

2. *Expropiación de bienes comunales realizada por el Ayuntamiento.*

El riguroso principio de la inalienabilidad excluye toda posibilidad de enajenación inmediata de los bienes comunales; lo que, si bien constituye una garantía eficaz para la conservación de este patrimonio, en algunos casos —como el certeramente señalado por BARROS en la nota 54 de este capítulo— ha de significar un obstáculo injustificado a la adaptación del Derecho a las transformaciones de la vida real.

En estas situaciones nosotros creemos que la expropiación forzosa —ejercitada ahora por el Ayuntamiento— es el único medio de salvar jurídicamente el inevitable foso de la inalienabilidad, facilitando así un acceso a las necesidades de la realidad.

Teniendo en cuenta la amplísima redacción del artículo 1 de la Ley de Expropiación forzosa ("cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos") es inútil precisar la naturaleza jurídica de esta privación, puesto que lo único importante es que la misma tiene lugar, lo que parece indudable en estos supuestos.

Por otra parte, la garantía formal del cauce legal del artículo 194 LRL, que aquí no tiene lugar, se ve sustituida por otra, no menos importante, prevista en el artículo 9 de la Ley de Expropiación forzosa: previa declaración de utilidad pública o interés social (72).

---

nológicamente limitada— de bienes comunales cuyo dominio pertenece, no al Municipio, sino al Instituto Nacional de Colonización.

(72) Téngase presente, no obstante, que, de conformidad con el art. 10 LEF, "la utilidad pública se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio". A este propósito, parece obvio recordar que este supuesto nada tiene que ver con el previsto en el art. 8, 3 RB, ya estudiado páginas más atrás: En un caso nos encontramos ante expropiaciones forzosas y en el otro ante meras transformaciones de la naturaleza de un bien municipal.

Pero las dificultades —aquí como en el caso anterior (núm. 1)— más que del terreno dogmático surgen, o pueden surgir, en el momento de su realización práctica, especialmente cuando se trata de un vecindario numeroso. De aquí que también propugnemos, como solución ideal, que la indemnización se realice, no en metálico, sino mediante una permuta. Dicho con otras palabras: el negocio jurídico expropietario —en apariencia tan complicado— se reconduciría prácticamente (sin perjuicio del cumplimiento, en lo posible, de las formalidades expropiatorias pertinentes) en la determinación de unos bienes comunales de características similares a los expropiados.

CAPITULO UNDECIMO

IMPRESCRIPTIBILIDAD

I.—Importancia de la prescripción como institución legitimadora de usurpaciones de bienes comunales.

II.—Imprescriptibilidad y posesión inmemorial.

III.—La imprescriptibilidad en la legislación vigente.

IV.—Prescripción y afectación.

1. IMPORTANCIA DE LA PRESCRIPCION COMO INSTITUCION LEGITIMADORA DE USURPACIONES DE BIENES COMUNALES

La simple comparación entre las inmensas extensiones que en un tiempo abarcaban y su relativa insignificancia actual, nos da la importancia real del tema de la prescripción de los bienes comunales. Cierto es que en algunas ocasiones han ido a parar a manos de los particulares mediante un titulo válido de enajenación (sorteando de algún modo el difícil escollo de la inalienabilidad); pero estos casos han sido los menos, puesto que los bienes comunales pudieron salvarse incluso del gran naufragio de la etapa desamortizadora (1). El origen ilegal de la inmensa mayoría de las ocupaciones por particulares de bienes comunales, está fuera de duda. Ahora bien, no hay que olvidar que —según hemos expuesto en otro capítulo— una parte de estas usurpaciones han sido legitimadas posteriormente, bien sea por disposiciones administrativas o por una Ley especial. Pero aun así, puede afirmarse que ha sido la prescripción el medio ordinario por el que se han consolidado en los patrimonios particulares las ocupaciones realizadas ilegalmente en los bienes comunales.

La paradoja empieza al considerar que, frente a este hecho inconcuso, se ha alzado desde la Edad Media un riguroso precepto legal que declaraba la imposibilidad de que estos bienes pudieran ser adquiridos por prescripción. La Ley 7, Título 29, de la Partida III —citada indefectiblemente por la doctrina y la jurisprudencia (2)— declara que:

---

(1) Como es sabido, el núm. 9 del articulo 2 de la Ley de 1.V.1855 los excluyó de la desamortización.

(2) Todavia en la sentencia de 27.XI.1923, el Tribunal Supremo,

"Plaza, nin calle, nin camino, nin defensa, nin exido, nin otro logar cualquier semejante destos, que sea en uso comunalmente del Pueblo de alguna Cibdad, o Villa, o Castillo, o de otro lugar, non lo puede ninguno ome ganar por tiempo" (3).

Una incongruencia de tanto bulto no pudo escapar a la atención de los juristas medievales y clásicos, y Gregorio LÓPEZ, con abundante aparato de citas de autores de todas las épocas, se enfrenta directamente con el problema, descubriendo, por cierto, su raíz en la prescripción inmemorial: ¿Son susceptibles de prescripción inmemorial —se pregunta en la Glosa *Plaza* de esta Ley— los bienes que se encuentran en uso público? La doctrina se encuentra muy dividida —responde—: ANGEL y BALDO admiten la prescripción centenaria, basándose en el principio de que *omnia, excepto libero homine, usucapiuntur centum annis,* aunque señalando, además, la excepción de los mares y ríos públicos, para terminar concluyendo que donde una ley excluya la prescripción, no debe entenderse que se refiera a la inmemorial. Sin embargo, la

después de citar las Partidas, insiste en que "interpretando y aplicando el Tribunal Supremo esas disposiciones, tiene declarado que las cosas pertenecientes al común de vecinos, no son por su naturaleza capaces de prescripción".

Relativamente desapercibidos han pasado, sin embargo, principios similares que, procedentes del derecho germánico, se incrustaron en nuestros fueros. La imprescriptibilidad de los bienes del común se reitera en la numerosa e importante familia de los fueros de Cuenca-Teruel: *Quicumque roboratam radicem tenuerit, non respondeat pro ea die et anno,* NISI FUERIT HEREDITAS CONCILII, *aut celeste, que non potest dare nec vendi* (edición de Ureña, 1935).

(3) Conviene recordar el texto completo: "Mas las otras cosas que sean de otra natura, assí como siervos, o ganados o pegujar, o navios, u otra cosa cualquiera semejantes destas, maguer sean comunalmente del Concejo de alguna cibdad o Villa, bien se podrían ganar por tiempo de quarenta años. E esto es, porque maguer que sean de todos comunalmente, non usan comunalmente dellas todos, assí como de las otras cosas sobredichas. Empero si la Cibdad, o Villa, u otro lugar, que perdiese alguna destas cosas por tiempo de quarenta años, pidiesse después deste tiempo fasta quatro años al Rey o al Adelantado, o al Juzgador de logar, que aquel tiempo passado non le empeciesse e que le otorgasse, que la cosa non se perdiesse por el, develo otorgar; e entonces non le empescera ninguna cosa el tiempo de los quarenta años. Mas si los quatro años passasen de mas de los quarenta, que lo non pidiessen assí, dende adelante non lo podrian pedir; el que la cosa tuviesse, ganarla y a por tiempo de los quarenta años".

opinión contraria, es decir, la que rechaza la posesión inmemorial, es la más extendida, y a ella parece inclinarse el propio Gregorio LÓPEZ: bien sea: *a)* porque son *extracommertio; b)* porque no son objeto de posesión, o *c)* porque están afectadás por la ley al uso público.

II. IMPRESCRIPTIBILIDAD Y POSESION INMEMORIAL

Por nuestra parte, antes de entrar en el estudio de la prescripción inmemorial, nos vemos precisados a hacer una serie de consideraciones sobre el papel de la prescripción y el papel de la imprescriptibilidad dentro del ordenamiento jurídico (4).

La prescripción aparece en su origen como un instrumento de juridificación de relaciones fácticas, que el formalismo del derecho se había negado a reconocer (5). Este carácter de normalización de situaciones inciertas no ha abandonado del todo a la institución. La usucapión termina modelándose como una técnica característica de consolidación de situaciones anormales, provocadas ordinariamente por un titulo defectuoso. De esta manera se encaja como una piedra maestra en las estructuras del derecho privado: todo lo que es susceptible de posesión es susceptible de usucapión. Tal formulación no admite excepciones genéricas de ninguna clase basadas en pretendidos defectos de título (al estilo del conocido brocardo *quod ab initium vitiosum est non potest tractu tempore canvalescere),* porque precisamente la usucapión da por supuesto un titulo de alguna manera anormal, ya que sin este defecto no tiene razón de ser.

(4) En la literatura española es fundamental el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, "La imprescriptibilidad del dominio público", en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo,* 1954, al que nos remitimos *in totum.*

(5) Así sucedía, por ejemplo con el caso romano de la transmisión por medios no quiritarios, que el pretor se veía obligado a reconocer

No obstante, frente al axioma indicado corre paralelo un otro contrario e incompatible: el de la imprescriptibilidad, el principio de que hay cosas insusceptibles de prescripción. Frente al régimen ordinario de la prescriptibilidad aparecen determinados bienes y derechos que suponen una excepción a la regla. Interesa tener bien presente este carácter de excepcionalidad, porque nos va a dar la pista de la *auténtica naturaleza de la imprescriptibilidad: aquí nos encontramos en el Derecho público*. La imprescriptibilidad supone un régimen extraordinario, un privilegio que poseen ciertas cosas y que las sustrae del régimen privado ordinario, donde la usucapión no admite excepciones. Sin necesidad de entrar en detalles sobre la enojosa discusión de hasta qué punto el Derecho Administrativo es un Derecho de exorbitancias, al menos está fuera de discusión que la Administración es un ente de privilegios, como hace muchos años expresara HAURIOU, y que el Derecho Público supone un régimen que, por las razones que sean, implica una excepcionalidad (6). Prescindiendo de los antecedentes del Derecho Romano, cuyo análisis, aunque confirmaría nuestra tesis no dejaría de introducir alguna confusión, vemos que tradicionalmente hay dos clases de bienes que escapan al inexorable dogma de la prescripción: los de dominio público y los comunales.

¿Qué sucede aquí? El legislador se coloca en el extremo opuesto de la prescriptibilidad. La imprescriptibilidad actúa —parece obvio decirlo— en la misma línea que la prescriptibilidad, sólo que con el signo cambiado. Por eso se trata de figuras similares. Ambas están dominadas por la misma *ratio*: la seguridad jurídica; la diferencia es que una opera en el Derecho privado y la otra en el Derecho público. La mayestática declaración de imprescriptibilidad de las cosas públicas pretende alejar de las mismas la sospecha y la incertidumbre que la usucapión lleva consigo. Por otro lado,

---

(6) Así aparece, una vez más, bien claro que no todo el Derecho de la Administración es un régimen extraordinario: buena parte de los bienes de la Administración siguen el régimen ordinario de la prescriptibilidad.

en cuanto supone un privilegio, constituye un arma jurídica que el legislador maneja a veces sin escrúpulos con un fin económico o político predeterminado. La imprescriptibilidad —en cuanto principio— no se refiere a situaciones jurídicas concretas, sino a instituciones abstractas, a las que pretende proteger.

En este punto tenemos que esbozar ya las dos grandes ramas en que se divide el estudio de la prescripción de los bienes comunales: por un lado, la posibilidad de su manejo a favor de los particulares; es decir, los bienes comunales salen del patrimonio municipal y se incorporan al de los particulares en virtud de la usucapión ejercida por éstos (el mecanismo jurídico que regula estos supuestos es claramente defensivo o prohibitivo: la llamada imprescriptibilidad de los bienes comunales) (7); pero, por otro lado, también debe estudiarse un segundo aspecto: la posibilidad (o prohibición, en su caso) de que los Municipios adquieran, a su vez, por prescripción ejercida a su favor, bienes comunales.

Por lo que se refiere a esto último, en alguna ocasión el legislador ha regulado este problema y precisamente por haberlo hecho en un momento de exaltado individualismo, se han utilizado las normas jurídicas al servicio de claros intereses políticos —tal como antes aludimos— prohibiéndose en ellas que los Municipios o común de vecinos alegaran la propiedad de bienes comunales, adquirida sencillamente por prescripción. Estamos aludiendo a la R. O. de 11 de febrero de 1836, por la que se excluyó la prescripción como medio de consolidar ciertos derechos de pastos sobre fincas ajenas (derrotas), que se califican de simples "prácticas, usos y mal llamadas costumbres" (8). Esta norma supone una clara vio-

---

(7) En el capítulo anterior se ha estudiado ya la posibilidad de transformarse por el transcurso del tiempo los bienes comunales en demaniales o de propios.

(8) Puede verse el texto completo en NIETO, *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, tomo I, 1959, págs. 216-217. Las sentencias de 17 de mayo de 1864 y 19 de abril de 1888 declaran que la libertad del dominio se reputa mientras no se desmiente lo contrario, y el que tenga el señorío teritorial y solariego sobre un arrendamiento, es due-

lación de la Ley 15, Título 31 de la Partida III, entonces vigente, que autorizaba la prescripción de las servidumbres discontinuas cuando se hubiese usado de ellas "tanto tiempo que no se puedan acordar los omes cuanto ha que lo comenzaron a usar". De ello era perfectamente consciente el legislador; y precisamente por ello apareció la Real Orden: para sustraer del régimen ordinario este tipo de servidumbres que por razones económicas de interés público convenía hacer desaparecer (9).

El legislador obra aquí con una sutileza que COSTA (10) calificó indignado de hipocresía. En efecto, hubiera sido mucho más directo declarar extinguidos por una Ley estos derechos; pero pareciendo esta técnica expropiatoria demasiado violenta, se acude a un sutil argumento jurídico. La Ciencia del Derecho, en su afán por dar explicaciones jurídicas a los fenómenos reales, había encajado un cierto tipo

---

ño de aprovechar exclusivamente sus frutos y productos, mientras no se pruebe la existencia legal de una servidumbre. Sientan igual doctrina las sentencias de 26 de noviembre de 1864 y 14 de abril de 1866 en el sentido de que la prueba del derecho para el aprovechamiento de pastos incumbe al que la alega, sin que baste probar el uso o costumbre por antiguos que sean, sino que ha de presentarse el título de adquisición del derecho y probarse su legitimidad y validez no debiendo concederse importancia legal alguna, calificándolas de costumbres a las malas prácticas que, por más o menos tiempo, hayan prevalecido en los pueblos en materia de uso y aprovechamiento común y que, como servidumbres, pretendan corresponderle en las dehesas, heredades y otras tierras de propiedad particular, sino que estas servidumbres han de estar apoyadas en títulos especiales de adquisición y aun en este caso no pueden extenderse más que a lo comprendido en los mismos títulos.

(9) Téngase presente que el alcance de esta R. O. es mucho más reducido que lo que su tenor parece indicar. Sin perjuicio de la jurisprudencia indicada en la nota anterior, el Tribunal Supremo, en una serie reiterada de sentencias, ha consagrado la doctrina a favor de los Municipios y común de vecinos. El problema ya ha sido tratado con detalle en los capítulos VIII y IX, especialmente en los epígrafes Montes vecinales y Servidumbres, a los que nos remitimos.

(10) "Ese sería el título de propiedad de los pastos de derrota cuando no hubiese otro: la prescripción ... Poner de condición a los pueblos, para respetarlos lo suyo, que presentasen títulos escritos de adquisición, era añadir al desafuero la hipocresía, pues se pedía lo que se sabía de cierto que no había existido con carácter particular, sino en muy contados casos" (*Colectivismo agrario en España*, cit., pág. 517).

de pastoreo dentro de sus esquemas dogmáticos de servidumbres y llevaba justificando su existencia, a falta de título que, por descontado, no había (11), por el mecanismo de la prescripción. En 1836, para conseguir el efecto deseado sin desconocer frontalmente a un derecho, se derriba el edificio jurídicodogmático desmontando sencillamente de él la pieza que le sirve de cimiento: la prescripción (12).

En el Derecho comparado no nos faltan tampoco ejemplos similares: Así el Decreto revolucionario francés de 28 de agosto de 1792, por el que se abre un plazo de cinco años para que las Comunas reclamen ante los Tribunales la efectividad de la declaración de nulidad que en el mismo se hace de todas las ocupaciones que por cualquier título hayan realizado los nobles en los bienes comunales a partir de 1630. La razón política salta aquí a la vista desde el momento en que la prescipción se paraliza subjetivamente, puesto que los mismos bienes no son reivindicables cuando los ocupantes son simples ciudadanos.

El ejemplo anterior ha sido escogido expresamente porque nos conduce ya sin dificultad a una situación similar, aunque contraria, que aparece en el siglo XIII, y de la que nos informa ampliamente HENRION DE PANSEY (13), a quien seguimos en este punto:

Parece ser que en este siglo y durante el reinado de los primeros Reyes de la tercera dinastía, lograron extender sus prerrogativas los señores feudales franceses hasta tal punto que se decidieron a suprimir, o al menos a limitar, los derechos de uso de pastos que con carácter comunal venían ejerciendo tradicionalmente los campesinos sobre los dominios de sus señoríos. A tal efecto, lograron imponer el principio de que sólo eran válidos tales derechos cuando estaban fun-

---

(11) Basta conocer un mínimo de la realidad administrativa de nuestro país para comprobar esta afirmación. En la mayor parte de los litigios, se ve forzado el Ayuntamiento a reconocer en autos que carece de títulos "por haberse perdido o quemado en las guerras y revoluciones de los tiempos pasados". Cfr. concretamente las páginas 58 y 59 de esta obra.

(12) En sustancia, ésta es la misma técnica del artículo 600 del Código civil, que al admitir solamente dos modos de constitución de comunidades de pastos (el contrato y la última voluntad), supone una excepción al sistema general que admite el contrato, la última voluntad, la prescripción y la Ley (cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios al Código civil*, tomo 10, pág. 214). Parece ocioso advertir, sin embargo, que las circunstancias materiales de respeto a los derechos constituidos son muy otras que en 1836.

(13) *Des biens communaux*, cit., págs. 330 y sigs.

dados en una carta de concesión o en el pago de un canon que la presupusiese (14).

La jurisprudencia y la doctrina siguieron durante mucho tiempo fieles a este principio. Según la *Coutume de Champagne,* nadie puede ejercer usos en el monte si no enseña la carta de concesión o paga un canon al señor. Tal fue, parece ser, el criterio de Jean de JOINVILLE, Jean de NULLI, Jean de CHAPES y otros.

BEAUMANOIR, fino jurista que alcanzó gran renombre al recoger y comentar la *Coutume de Beauvoisis,* ha transcrito un proceso seguido en la Corte de Creil ante el propio Monarca: Se trataba de saber si pertenecían al señor o a los vecinos ciertos prados. Pierre de RIGNY alega ser propietario por su simple calidad de señor; los vecinos sostenían que habían ejercido el uso y le habían mantenido durante el tiempo que puede guardar la memoria de los hombres, y que, además, dicho uso era conocido de Pierre; por lo cual pretendían que les dejara seguir usando pacíficamente, tal como lo habían hecho siempre. El señor no tenía ningún título: toda su defensa consistía en decir que estos prados le correspondían en razón de señorío, y que los vecinos no le pagaban censo por ellos. La Corte sentenció contra los vecinos porque *la posesión por larga que sea, nada vale contra los derechos del señor.*

Sin embargo, con el transcurso de los años, empiezan los autores a tantear nuevas salidas a esta radical situación en que el principio dogmático impuesto por los nobles había colocado al campesinado francés.

Si la doctrina consiste en que se precisa tener un título para justificar la posesión, la solución se encuentra afirmando que la prescripción inmemorial constituye un título por sí misma: *Possessio inmemorialis habet vim tituli et constituti,* o como diría VÁZQUEZ más tarde: *Possessio inmemorialis facit verum omne possibile, facit ut interfueint omnia quae oporterat.*

La actitud de la doctrina sobre este punto puede apreciarse en la obra de DUMOULIN. El artículo 7 de la *Coutume de Paris* de 1510 excluía toda posibilidad de prescripción al afirmar que ni el señor feudal podía adquirir contra el vasallo, ni el vasallo contra el señor la cosa tenida en feudo. Pues bien, al comentar DUMOULIN el texto citado, haciendo acopio de erudición en su cita de autoridades, *limito hunc textum* —resume— *ut non procedat in præscriptione centum annorum, sive temporis inmemorialis. Si queden hujusmodi præscrip-*

(14) Obsérvese el asombroso paralelismo que ofrece con nuestra R. O. de 1836, citada, cuya íntima significación va a ponerse ahora de relieve.

tio habet vim constituti ... Unde nunquam censetur exclusa, etiam per legem prohibitivam et per universalis negativa et geminata verba, omnem quamcumque praescriptionem excludentia. Esta tesis se extendió a numerosas *Coutumes* (15). A partir de entonces la historia de la prescripción inmemorial es una serie de reacciones a veces favorables y a veces contrarias, que logrando en ocasiones encontrar apoyo en alguna *Coutume* local, forman un abigarrado mosaico en el ordenamiento francés del antiguo régimen (16).

La *doctrina italiana* antigua, por su parte, influenciada por la llamada escuela napolitana (de la que hemos tenido ocasión de ocuparnos en diferentes lugares de este libro), coloca el eje de la imprescriptibilidad en el axioma de que los usos cívicos se refieren a bienes necesarios a la propia existencia de los interesados, y por tanto son *ipso iure et per natura* imprescriptibles. Sin embargo, esta tesis ofrece una quiebra lógica, que ha sido aprovechada por la jurisprudencia de este siglo, más inclinada a la solución privatistica de la prescriptibilidad: aun admitiendo que los bienes necesarios para la vida sean imprescriptibles, el hecho de que caigan en desuso (presupuesto de la prescripción) indica bien a las claras que el uso cívico de que se trata ha dejado de ser vital para los interesados (17).

---

(15) Chaumont, artículo 102; Nivernais, artículos 9 y 10 del títulos "Des Bois"; Meaux, 76; D'Auxerre, 261; Sens, 157, etc. El artículo 102 de la de Chaumont —y los otros son similares— dice: "Ni los vecinos, ni las comunidades, ni los particulares, pueden pretender tener derecho de uso ni pastos en justicias y señoríos de ningún señor de justicia sin tener los títulos de los señores, o de haberles pagado canon durante treinta años, o haber tenido los aprovechamientos durante tanto tiempo que no haya memoria de práctica en contrario".

(16) La tesis de la prescripción pareció abandonada generalmente hacia mediados del siglo XVI. Y ya no se encuentra sino muy raramente en las costumbres redactadas durante esa época. En las de época posterior, cuando aluden a la prescripción, es para rechazarla como medio de adquirir servidumbres, como se hace en la *Coutume* de París de 1510, artículos 80 y 87. No obstante lo cual, no faltaban, según los testimonios de PITHOU, doctrinas y sentencias en pro y en contra, por lo cual, al reformarse la *Coutume* de Troyes en 1580, ya no se alude genéricamente a la posesión inmemorial, sino que se ratifica expresamente que ni aun la de cien años es título suficiente.

No obstante, esta reacción denegatoria cedió paso a la que admitía la prescripción, salvo excepciones locales, como las *Coutumes* de Troyes y el Ducado de Borgoña, y lo general fue que andando los años volviera a admitirse de nuevo la prescripción.

(17) Este argumento tampoco está exento de reparos; pero, en todo caso, puede justificar un cambio de criterio doctrinal y jurisprudencial. Cfr. GRANITO, págs. 186-204, quien, por otra parte, defiende el criterio antiguo, en atención a que "el desuso no puede tener eficacia extintiva, porque las necesidades varían, y si han cesado por

La Ley vigente de 16 de junio de 1927, cuando se trata de usos que no hayan sido ejercidos desde 1800, impone una prueba documental para justificar su existencia; e imponiendo a todos la obligación genérica de ser declarados ante el Comisario especialmente nombrado, en el plazo de seis meses, entiende que "transcurrido este plazo sin haberse hecho tal declaración, se considera extinguida toda acción dirigida a obtener el reconocimiento de tales derechos que no se encuentran en ejercicio, así como las reivindicaciones de las tierras sujetas a los usos cívicos" (arts. 2 y 3).

La lección que se consigue de esta serie de ejemplos históricos es muy importante: Tenemos enfrentadas dos mentalidades incompatibles: la publicista, que sostiene la imprescriptibilidad en todo caso —defendida por los interesados y que logra imponerse en los momentos en que cuenta con fuerza política suficiente— y la privatista, que no admite la excepción que supone la imprescriptibilidad y que se encuentra defendida, de ordinario, por teóricos y magistrados, más inclinados a la ponderación en razón a su imparcialidad. Pues bien, entre ambas posiciones, aparentemente irreconciliables, se abre un puente que enlaza de una manera inesperada ambas orillas: la prescripción inmemorial centenaria.

Después del estudio citado de GARCÍA DE ENTERRÍA, es fácil resumir la auténtica sustancia de la prescripción centenaria, en la que queda subrayado, no la relajación que supone en cuanto admite la prescripción a partir de los cien años, sino el fortalecimiento que supone en cuanto impide realmente la prescripción de menos antigüedad. Frente a la ilimitada, pero vaga e ineficaz declaración genérica de imprescriptibilidad, se alza ahora una declaración de prescriptibilidad, limitada a los cien años, que encuentra precisamente en esta limitación y en esta concreción su mejor fuerza (18).

---

un tiempo determinado, bien pueden resurgir cuando cambien las circunstancias. Sin que tampoco pueda hablarse de una renuncia tácita de los titulares del derecho, ya que éstos no pueden prejuzgar las razones de las generaciones futuras" (pág. 197).

(18) Téngase presente al valorar estas concesiones que GARCÍA DE ENTERRÍA, por razones de planteamiento del tema, sólo estudia en su trabajo con detalle una de las dos caras del problema —la prescrip-

Nosotros creemos que, por una razón dialéctica muy explicable, García de Enterría, al desvelar este viejo secreto de la prescripción inmemorial, ha puesto demasiado énfasis en uno de sus aspectos —la mayor garantía efectiva de los bienes— y ha dejado un poco en oscuro la otra cara de la institución: el reconocimiento de la prescriptibilidad. No debe olvidarse que la prescripción inmemorial es una fórmula de compromiso en la que ambas partes han tenido mucho que ceder. Bien es verdad que los bienes comunales ganaron con la prescripción inmemorial un margen *efectivo* de garantía de cien años; pero el precio pagado fue el sacrificio del amplio dogma de la imprescriptibilidad que, aunque con frecuencia olvidado, no por ello dejaba de ser aplicado en determinadas épocas, como hemos visto (y no sería difícil aumentar el repertorio de ejemplos), especialmente cuando mediaban intereses políticos o económicos en favor de una Administración o de una clase social (19).

La doctrina de la prescripción encuentra particularidades muy notables en el *Derecho indiano*, tal como ha estudiado recientemente Ots Capdequi (20).

A finales del siglo XVI, una Real Cédula de 1591 (incorporada a la Ley 14, Título 12, libro IV de la Recopilación de 1680) concedió el amparo real a los que vinieran ocupando tierras realengas y valdías "por justa prescripción".

¿Qué clase de prescripción puede ser ésta? Juan de Solórzano, a mediados del siglo XVII, entiende en su *Política Indiana* que es un modo de adquirir las tierras de realengo "la prescripción por *posesión y cultivo durante cuarenta años*", "o tanto tiempo, que se pueda tener por largo". Con ello se refiere indudablemente a la posesión inmemorial.

---

ción de los particulares frente a la Administración—, dejando al margen la otra —prescripción de la Administración frente a los particulares—.

(19) Esta actitud se exacerba, como es obvio, en los momento de positivismo legalista.

(20) *España en América*, 1959, págs. 122-126, al que nos remitimos expresamente para cuanto se dice a continuación.

Pero es de observar aquí una muy importante limitación: en la doctrina tradicional la posesión inmemorial no precisa, para la usucapión, de ningún otro requisito; mientras que SOLÓRZANO exige concurrentemente el del cultivo. OTS CAPDEQUI, que se adhiere a la citada opinión de SOLÓRZANO, la explica por la fuerte intención social de que estaba impregnada la propiedad indiana, en cuya virtud se imponía el cultivo para cualquier tipo de regularización de situaciones anormales, tal como en otro lugar hemos visto respecto de la figura general de los reales amparos.

Esta doctrina sufre graves modificaciones en la Real Provisión de 15 de octubre de 1754. Ya se ha indicado que en la misma se distingue entre las tierras ocupadas antes y después de 1700: a) para las primeras rige la teoría general, es decir, por un lado se entiende que "les deberá bastar la justificación que hicieren de aquella antigua posesión como título de justa prescripción" y por otro, se condiciona este derecho al cultivo, de tal manera que si las tierras no estuvieren cultivadas, se les había de señalar a los posesores un plazo perentorio para que lo hicieren "con apercibimiento de que de lo contrario se hará merced de ellas a los que las denunciasen, con la misma obligación de cultivarlas". b) Por lo que se refiere a las tierras ocupadas con posterioridad a 1700, la ley sale al paso de una pretendida usucapión, exigiendo, en todo caso, un justo título. Con lo cual —termina el autor citado— "parece evidente que si la prescripción, con las limitaciones apuntadas, fue considerada como modo de adquirir el dominio privado de tierras de realengo con anterioridad a la Real Provisión de 1754, a partir de esa fecha ya no podía ser alegada con eficacia jurídica, puesto que toda posesión de hecho no amparada por justo título quedó inexcusablemente sujeta a la composición y confirmación que habían de solicitar "los intrusos poseedores".

Pero ¿hasta qué punto es eficaz una disposición normativa frente a las inexorables consecuencias de la posesión inmemorial? Unos años más tarde, la Real Cédula de 2 de agosto de 1780, al hablar de los posibles títulos convalida-

bles, enumera expresamente la "venta, composición con mi Real Patrimonio, contrato particular, *ocupación* u otro cualquiera que sea capaz de evitar la sospecha de usurpación".

Hechas estas salvedades, ya podemos entrar en el estudio de la legislación vigente.

III. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD EN LA LEGISLACION VIGENTE

A la hora de estudiar nuestro derecho positivo vamos a dividir en dos epígrafes los dos aspectos ya aludidos: en el presente se analiza la imprescriptibilidad propiamente dicha, o régimen de prescripción a favor de los particulares, y en el siguiente, la afectación por prescripción o régimen de prescripción a favor del Municipio.

En 1955, en medio de un ordenamiento jurídico como el español, repleto de ambiciosas declaraciones de imprescriptibilidad (que no habían sido capaces de evitar el desmoronamiento del patrimonio comunal), se alzó la voz de GARCÍA DE ENTERRIA defendiendo un sistema más razonable, más realista: una solución que, análoga a la canónica, abandonase zonas remotas no interesantes para afirmarse dentro de plazos reducidos pero concretos; es decir, llegar "simplemente a la fijación de amplios plazos defensivos para que el efecto prescriptorio sobre el dominio público pueda reconocerse". En nombre precisamente de valores tan consagrados en el reino del derecho, como son la eficacia y el realismo, parece llegada la hora "... de una vuelta a los sanos criterios del viejo *ius commune,* que aún alientan en este punto en el Derecho canónico, abandonando las formulaciones abstractas y absolutas de la imprescriptibilidad, hijas a la vez del nacionalismo y de la creencia legalista. La medida sería oportuna, aunque sólo se tratase de una fijación del problema de la imprescriptibilidad, hoy dejada sin garantía alguna al puro arbitrio de los hechos, enjuiciados por los jueces —por los

jueces civiles— forzosamente con plena libertad y, ordinariamente, con un claro prejuicio a favor de las soluciones *comunes* y antiexorbitantes". En este sentido "esa fijación de plazos prescriptorios —siempre que fueran amplios— contra el dominio público estaría justificada, y paradójicamente, como una medida rigurosamente eficaz de protección del mismo" (21).

Ahora bien, la admisión de la prescriptibilidad del dominio público no puede resolverse con una técnica directa, ya que la usucapión a favor de los particulares es algo que repugna a la misma esencia del dominio público. Si para la doctrina moderna esta esencia se encuentra en la afectación de unos bienes a un uso público o a un servicio público (o a un aprovechamiento comunal), es clara la incompatibilidad de esta afectación con una posesión de los particulares, que pueda generar una usucapión: la coexistencia de ambas hipótesis supondría una *contradictio in terminis*. El particular no puede nunca ganar dominio público en cuanto tal —tal es el valor actual que resta del viejo dogma de la imprescriptibilidad—: la titularidad del dominio público pertenece necesariamente a la Administración, y en ningún caso puede llegar a ostentarla un particular (22).

Se impone, pues, un arbitrio técnico para remediar esta situación, el cual no puede ser otro que la anulación de la afectación, como requisito previo a la posesión de los particulares. De esta manera se cierra el puente entre los extremos que parecían insalvables de la imprescriptibilidad legal por un lado y la usucapión por el otro: el primer paso ha sido la admisión de la desafectación como requisito previo a una posesión de los particulares generadora de la usucapión. El proceso lógico es muy sencillo: *una vez desafectada* la cosa, puede empezar la posesión (23).

---

(21) *Sobre la imprescriptibilidad...*, cit., págs. 160-161.

(22) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la imprescriptibilidad...* cit., página 163.

(23) Es lo que determinaba ya con rara precisión el artículo 341 C. c.: "Los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destina-

Sin embargo, como es obvio, la realidad no se ajusta ordinariamente a este esquema: las desafectaciones formales o expresas no son frecuentes en nuestro derecho y en ningún caso tienen lugar con objeto de facilitar una usucapión. Hay que admitir en consecuencia un doble efecto *simultáneo* de la posesión del particular: por un lado, como habilitante de la prescripción; y por otro, y al tiempo, como causa de la desafectación (24).

Nuestra legislación local se ajusta fácilmente a este esquema: después de hacer una declaración genérica de imprescriptibilidad (art. 188 LRL), reconoce que la posesión (sin título) de los particulares puede desencadenar un proceso en el que se aprecian dos fases muy distintas: la primera no justifica ninguna prescripción, pero puede dar lugar a una desafectación; una vez desafectado el bien comunal, levantada la barrera legal de la imprescriptibilidad, la posesión de los particulares puede dar ya lugar a la usucapión (25).

Examinemos separadamente cada uno de estos aspectos.

A) *Imprescriptibilidad.*

Está declarada solemnemente en el artículo 188 LRL y en el 94 RB: "Los bienes ... comunales mientras conserven su (respectivo) carácter serán ... imprescriptibles".

---

dos al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado".

(24) La consecuencia de este hecho —"la doctrina de la desafectación abusiva de un particular es, en definitiva, el reconcimiento de un verdadero efecto usucapiente atribuido a esa posesión, limitándose a una explicación del mismo mediante un argumento teórico"— ha conducido precisamente a GARCÍA DE ENTERRÍA, poniendo en relación esta figura con la de la presunción del abandono de la cosa en el Derecho civil, a determinar el verdadero papel que juega esta teoría en la mecánica de la usucapión: se trata, en sustancia, de un fundamento material de la prescripción que se está sancionando (cfr. *Sobre la imprescriptibilidad...*, cit., págs. 149-153).

(25) Pero no debe perderse de vista lo siguiente: "La distinción de dos momentos sucesivos en la eficacia de la posesión abusiva del dominio público presenta de suyo cierta sutileza... (y más que de) una

Por lo demás, ésta era la actitud de alguna jurisprudencia (ss. de 5.1.1880 y 27.11.1923) basándose en la Ley 7, título 29, P. 3.ª (26); pero forzoso es reconocer que esta doctrina, en 1923, era más que discutible. A primera vista, el texto de las Partidas es muy claro. Ahora bien, sobre el mismo operaba —como hemos señalado más arriba— el principio de la limitación por la inmemorial (al que la sentencia no alude) y, sobre todo, existía otra ley posterior, la segunda del título XXII del libro 7 de la Novísima Recopilación, en la que, al prohibirse derribar lo edificado y plantado en terreno público y concejil, con licencia, legitimándose la ocupación con la imposición de un censo, parece darse pie a una especie de prescripción. Al menos así lo entendieron algunos autores

---

clara distinción cronológica, se trata realmente de una distinción de orden lógico. Más en particular: lo que ocurre es que tales dos momentos son, en rigor, relativos e incluso recíprocos, no distinguibles, por consiguiente, como realizaciones concretas separadamente uno de otro... Quiere decirse que el efecto "desafectación tácita" no podría producirse de suyo aisladamente, sino que su calificación procederá sólo una vez que el efecto "usucapión" haya sido a su vez consumado. Sería incongruente, en efecto, que pudiera afirmarse que la posesión de un particular ha producido, sin más, la desafectación de un dominio que aunque convertido así en privado siguiese atribuido a la Administración. Si la Administración retiene aún una titularidad sobre la cosa, ostentará también la posibilidad de imponer sobre ella el régimen plenario que la cosa tenía antes de toda usurpación posesoria. La restitución de la cosa a esa situación anterior, con el apartamiento de la tenencia abusiva del particular, equivaldría a un acto de policía, pero no a una nueva afectación. El efecto "desafectación tácita" atribuible a aquella posesión estará así condicionado en su eficacia a que, en definitiva, la Administración no pueda ya recuperar la cosa, es decir, a que el sucesivo efecto usucapiente se haya producido" (García de Enterría, *Sobre la imprescriptibilidad...*, cit., págs. 128-129).

(26) Si bien la sentencia de 11.11.1905 se había cuidado de precisar que este privilegio no cubre "los derechos que los vecinos de un pueblo pueden tener en la propiedad particular, porque esta circunstancia desvirtúa el carácter propiamente de comunales que tienen los que como ejemplo se citan en la expresada Ley de Partida; no siendo, como no es dable, confundir el disfrute en común de un derecho con los que por su naturaleza y destino afectan un carácter eminentemente público, que es a los que la mencionada Ley se refiere", máxime cuando los vecinos "no han usado del referido derecho, cuando menos desde mediados del siglo pasado, y que los causantes del recurrido han poseído desde tiempo inmemorial en pleno y absoluto dominio" la mencionada finca.

clásicos (26 bis). Por otra parte, la afirmación de la sentencia a que nos estamos refiriendo, es tanto más de extrañar por cuanto la grave declaración de imprescriptibilidad, que allí se hace, no se basa en argumentos del Código civil (26 ter).

B) *Desafectación.*

El estudio de la desafectación ha sido realizado ya en el capítulo anterior, al que nos remitimos íntegramente.

C) *Prescripción.*

Una vez desafectado el bien ya no hay ningún obstáculo para su prescripción, como se desprende del propio artículo 94 RB: los bienes comunales solo son imprescriptibles *mientras conservan su carácter*, siendo indiferente el modo por el que se ha logrado la desafectación. Ordinariamente, en estos casos tendrá lugar una desafectación tácita, provocada precisamente por la posesión de los particulares; pero es válida cualquiera de las formas estudiadas en el capítulo precedente. Lo que sucede es que, en aquel supuesto, la posesión de los particulares, físicamente la misma y sin ninguna solución

(26 bis) AVENDAÑO, CASTILLO y ACEVEDO, según afirma GUAITA (*Régimen jurídico-administrativo...*, cit., págs. 238-239), quienes se basaban para ello en las leyes VI, VII, VIII y IX del título VII, libro VII de la Novísima Recopilación. Pero debe tratarse de un error, ya que estas leyes para nada se refieren a esta materia, integradas, como están, en un título que regula "la reducción de los oficios acrecentados y derecho de los pueblos para tantearlos y consumirlos".

(26 ter) El Código civil no declara la imprescriptibilidad de los bienes comunales, entre otras razones porque desconoce incluso la existencia de los mismos (en los términos que se han expuesto en esta misma obra). Según SIEIRA BUSTELO —uno de los autores que mejor ha analizado entre nosotros la figura de los montes comunales—, "de que eran prescriptibles, una vez publicado el Código civil vigente no se puede dudar, ya que teniendo los comunales la consideración de bienes patrimoniales, es de aplicación dicho cuerpo legal, por ser de aplicación general y no existir preceptos expresos en el mismo que digan lo contrario, ni tampoco ninguna ley de tipo administrativo de fecha posterior" (Distinta titularidad de los montes incluidos en el Catálogo de montes de utilidad pública" en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 87, 1956, pág. 379).

perceptible de continuidad, actúa jurídicamente en sentidos muy diferentes: durante los primeros veinticinco años como habilitadora de la desafectación, y a partir de entonces como habilitadora de la usucapión.

Pero debe tenerse en cuenta que la simple posesión de los particulares no es suficiente para lograr la usucapión, ya que, tratándose de bienes comunales, en todo momento pueden estar ejecutando los vecinos actos posesorios con objeto de realizar sus aprovechamientos, sin que, como es obvio, tal posesión legitime una prescripción. Para lograr tal efecto, la posesión no debe basarse en un título comunal o, más generalmente, en un título derivado del titular dominical o del de los aprovechamientos. Esta generalización ha sido reconocida por el Tribunal Supremo en una jurisprudencia que niega valor legitimador a los actos posesorios, que, aun sin basarse en un aprovechamiento comunal, han sido autorizados por el Ayuntamiento.

Los plazos usucupatorios son los señalados en la legislación ordinaria: diez años con buena fe y justo título (artículo 1.957 C. c.) y treinta años sin necesidad de título ni de buena fe (art. 1.958 C. c.) (27).

Sobre los montes públicos, su nuevo Reglamento ha dictado normas especiales que resuelven de manera definitiva una situación legal harto confusa, en la que, sin embargo, la

---

(27) A. Henrion de Pansey (*Des biens comuneaux...*, cit. páginas 372 y sigs.) debemos un importante estudio concreto de los efectos de la prescripción en materia de bienes comunales; que si bien se refiere al Decreto revolucionario de 28.8.1792 (cfr. la nota 25 del capítulo siguiente), no por eso deja de tener interés. Según este autor, la posesión cuarentenaria venía a producir una inversión de las situaciones jurídicas del usurpador y del Municipio reivindicante. Frente a la presunción de que el poseedor de bienes comunales es un usurpador obligado a devolver los bienes, el transcurso de los cuarenta años impone al Municipio la carga de probar que el título posesorio es vicioso, lo que en la práctica venía a significar una prescripción. Por otro lado, este lapso de tiempo sanaba las irregularidades de las enajenaciones que justificasen la posesión (y que de otro modo acarrearían su nulidad), ya que se presumía que la venta había sido correcta, y que el largo plazo transcurrido había destruido las pruebas.

jurisprudencia habia conseguido afirmar una sólida doctrina (27 bis).

> Art. 64, 3. "...los montes comunales de los pueblos son imprescriptibles mientras no queden desafectados del uso o servicio comunal (o público) a que estuviesen adscritos" (28).

Desafectado el monte comunal, queda convertido en patrimonial. Pues bien,

> Art. 64, 1. "Los montes públicos catalogados de propiedad patrimonial sólo podrán prescribir por la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante treinta años" (28 bis).

Y en cuanto a la interrupción de la prescripción,

> Art. 64, 2. "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1.943 y siguientes, del Código Civil, los aprovechamientos forestales, las sanciones por intrusismo o cualesquiera otros actos posesorios realizados por la Administración Forestal o por la Entidad dueña del monte, interrumpen la prescripción en curso".

(27 bis) Para la legislación anterior, véase, por todos, GUAITA, *Régimen jurídico-administrativo...*, cit., 2.ª ed., págs. 92-105.

(28) En el régimen anterior, la tesis de la imprescriptibilidad radical había sido sostenida ya en 1926 por GARCÍA HORMAECHEA en "El Catálogo de los Montes públicos y el Registro de la Propiedad" (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, págs. 122 y sigs.), y por GARRIDO FALLA y SERRANO GUIRADO en "Consideraciones sobre una posible reforma de la legislación de montes" en *Revista de Estudios Agro-sociales*, núm. 1, 1952, págs. 33-48. El criterio legal, sin embargo, más matizado, se encuentra, como se ve, en la misma línea del Reglamento de Bienes de 1955. Pero en 1956 todavía seguía insistiendo GUAITA (*Régimen jurídico-administrativo...*, cit., pág. 68) en la formulación rigurosa del principio de la imprescriptibilidad, al que consideraba como la "única garantía contra las usurpaciones".

(28 bis) Sobre las cualidades generales que ha de reunir la posesión de los particulares, y sobre su prueba, cfr. GUAITA, ob., cit., páginas 106-116.

IV. PRESCRIPCION Y AFECTACION

1. Según el artículo 8, 4 del Reglamento de Bienes

Se entenderá, además, producida la afectación de bienes a un uso (o servicio público o comunal); sin necesidad de acto formal cuando:

a) La entidad adquiriera por usucapión, con arreglo al Derecho civil, el dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso (o servicio público) o comunal.

Por razones sistemáticas transcribimos y glosamos el presente artículo en este capítulo dedicado a la imprescriptibilidad; pero conviene recordar que los problemas jurídicos que en él se plantean son muy diversos y rebasan con mucho esta materia.

El problema central es el de la usucapión que, por referirse a bienes comunales, se transforma técnicamente en una cuestión de afectación, ya que los bienes comunales son bienes afectados a un aprovechamiento comunal.

El Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales da por sentada la posibilidad de esta usucapión, de la que nada dice la Ley de Régimen Local. Buena parte de la doctrina extranjera del siglo pasado, y aún del presente, ha negado la posibilidad de esta figura (29); pero en nuestro Derecho actual, y habida cuenta que la Ley no se opone a ello, debemos aceptarla sin dificultad, aunque sea necesario hacer algunas precisiones.

A) Se admite en este precepto la existencia de bienes de uso comunal que no pertenecen al Municipio, puesto que se admite la usucapión por éste de los mismos. Pero, por descontado, el ámbito de aplicación de este artículo no se extiende

---

(29) O sólo la admiten mediante la inmemorial. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios...*, cit., págs. 173-177 y bibliografía allí citada.

a los que hemos llamado bienes comunales atípicos —es decir, bienes con aprovechamiento vecinales, pero cuyo titular no es el Municipio— ya que en ellos los actos posesorios de los vecinos al tener un título jurídico concreto, nunca podrán legitimar una alteración de la naturaleza de los bienes sobre los que recaen. Y puesto que el apartado b) se refiere a bienes municipales de propios, hay que entender que el objeto de este artículo serán los bienes municipales de dominio público y los que no sean de propiedad municipal (tanto de otros entes públicos como particulares), siempre que no se encuentren gravados con la carga de aprovechamientos vecinales.

B) La dificultad se encuentra aquí en imputar al Municipio los actos posesorios realizados por los vecinos. Cuando se trate de una afectación comunal dispuesta *ilegalmente* por el Ayuntamiento, es decir, careciendo de facultades para ello, la imputación es sencilla y la usucapión actúa simplemente como convalidante de un título ineficaz.

Ahora bien, cuando el título no existe ¿puede entenderse una imputación *ex lege*? Así parece indicarlo el Reglamento, pero nosotros entendemos que *este precepto lo único que hace es posibilitar esta imputación cuando se cumplan determinados requisitos, ya que aquí lo fundamental ha de ser la voluntas possessionis*. Si los vecinos realizan los actos de aprovechamiento con *animus* no de *cives* sino de *singuli*, es claro que su posesión nunca podrá beneficiar al Municipio, y lo mismo cuando actúen con conciencia de que están cometiendo un abuso o se encuentran en una situación de precario. Sólo cuando actúen con *animus* de *cives* y conciencia de legitimidad podrá tener lugar la imputación a que se refiere el precepto que comentamos. El cual, aun con esta interpretación restringida, no es ocioso, ni mucho menos, puesto que sin él sería difícil admitir un tipo de usucapión con arreglo al Derecho civil "realizada materialmente por los vecinos en favor del Municipio".

C) La interpretación de los estados posesorios se complica más aún si se piensa que los llamados usos comunales

no suponen necesariamente la actuación de todos los vecinos, sino que en el más amplio de los casos, simplemente la posibilitan. Esto nos coloca ante la hipótesis de que sean vecinos aislados los que realicen los aprovechamientos, aunque tengan un *animus* posesorio de imputación al Municipio. La interpretación de esta situación es mucho más difícil que en el supuesto en que sean todos o casi todos los vecinos los que realicen los aprovechamientos, pues aquí ya cabe una fuerte presunción de usucapión municipal.

En este punto hemos de referirnos una vez más al derecho intermedio y renacentista en que con tanta precisión y casuísmo se plantearon estas cuestiones. En aquella época se defendieron simultáneamente —y a veces por los mismos autores (30)— las dos tesis más opuestas:

a) Hay una tendencia que separa rigurosamente los actos de los vecinos de los actos de la comunidad: *possessio universitatis non probatur per possessionem singulorum et viceversa*. Los actos de los vecinos sólo son imputables a ellos mismos *uti singuli*, puesto que la comunidad tiene sus propios órganos de expresión, y sólo cuando actúen estos órganos, puede hacerse una imputación a ella (31). Esta tesis

---

(30) A nuestro modo de ver, la razón estriba en el carácter "práctico" de la jurisprudencia del momento. *Los juristas eran*, de ordinario, *además, abogados*, es decir, individuos forzados (o al menos inclinados) a defender la posición del cliente. En esta situación, no es infrecuente que el ordenamiento ofrezca posibilidades de sostener todas las tesis imaginables. Cfr. los juicios de WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. española, 1957, págs. 48 y siguientes, y KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, trad. española, 1955, págs. 143 y sigs.

(31) *In dubio quilibet possessor nomine propio ut sibi tantum acquirat, videtur posidere, aut praescribere, non vero alieno* (NATTA, ROLANDUS, MASCARDUS). Por actos de los vecinos no adquiere la comunidad ya que *licet homines seu vicini alicuius castri possiderint aliquod praedicum eorum animalibus pasculantibus in eo, incidendo ligna, vel alia fimilia faciendo; non tamen per hoc acquireunt possessionem universitati, nec per testes ita deponentes probabitur possessio an universitate, quia necessario debet constare de mandato universitatis* (CUMANUS); *universitas non quaesit possessionem ex actibus particularium* (DECIUS, PARISIUS, BERTRANDUS, SURDUS, BOSSIUS). Los textos latinos de este epígrafe están tomados de GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, IV, págs. 130-131, y de FERNÁNDEZ DE OTERO,

sólo admite una excepción: la imputación es posible cuando los vecinos han actuado por mandato (32).

b) Pero, por otro lado, no fue sostenida con menos autoridad y sutileza la opinión contraria, es decir, que la *universitas* puede adquirir por actos individuales de los vecinos, ya que *illi sint in universitate comprehensi, quae unum est corpus integrale.* A BALDO se debe la afirmación (seguida por PAULUS DE CASTRO, ALBERICUS, PARISIUS, CURTIUS, HONDEDEUS, CUMANUS, AFFLICTUS y Jerónimo DEL MONTE) de que *si homines singulares villae pasculaverint in nemore, tanquam in nemore universitatis, intelligitur ipsa universitatis possidere per particulares, taliter quod ipsum possessum a paucis extenditur ad universos.* Más aún: llegó a admitirse la creación de una posesión a favor de la *universitas* mediante actos de aprovechamiento de los *singuli,* al menos cuando tuvieran lugar al estilo comunal, y los órganos del Concejo, aun conociéndolo, no les desautorizasen (33).

En esta confusión, las conclusiones de FERNÁNDEZ DE OTERO son de una notable claridad (34), y pueden resumirse así: si de los actos de los vecinos se desprende *simpliciter et inmediate* que obran por mandato de la comunidad (35) u obtienen

---

Tractatus de pascuis et iure pascendi, ed. comentada por BONDENO, Colonia, 1732, págs. 65 y sigs.

(32) *Universitas non acquirit possessionem per singulos sine mandato* (PEREGRINUS, FLAMINIUS DE RUBEIS, GRAVETTA).

(33) No habiendo mandato expreso, puede considerarse a la *patientia* como un mandato tácito. SURDUS: es suficiente con que los particulares hagan los aprovechamientos *tanquam in re universitatis, illa sciente et paciente;* no es precisa la constatación de un aprovechamiento *nomine universitatis,* cuando sólo la *universitas* supone que sí es suficiente, lo que es de especial aplicación para los actos sucesivos. HONDEDEUS: los individuos que realizan aprovechamientos de pastos y leñas *tanquam in re universitatis* consolidan, aun sin mandato, la posesión de la *universitas,* cuando los oficiales de ésta lo saben y lo consienten. LUDOVICUS DE CASANATO: pero no han de hacerlo *nomine particulari,* sino *nomine universitatis.*

(34) Ob. cit., págs. 66 y 67. Las conclusiones de GIERKE (ob. cit., pág. 131) son similares, pero no aparecen expuestas con la claridad y sistemática del autor carrionés, a quien inexplicablemente desconoce.

(35) *Primus est, quando universitas, communitas, vel collegium expresae mandavit, decrevit, seu ordinavit, quod vicini accederent ad*

su aprobación (36), debe entenderse que quien adquiere la posesión es la comunidad: en otro caso, deben imputarse los actos sencillamente a los vecinos. Admitiendo que la aprobación puede ser expresa o tácita, es lógico que las mayores dificultades surjan en los supuestos tácitos. Aquí es de aplicación la teoría general de las aprobaciones tácitas (es decir, que se presume dada cuando, siendo la contradicción necesaria, se acepta en silencio con ciencia y paciencia) (37), pero todavía más relajada en favor de la comunidad dada la especial naturaleza de los aprovechamientos, que se presumen basados en la comunidad (38) y además por tener un carácter sucesivo, no momentáneo (39).

D) En nuestro ordenamiento positivo, pueden proponerse las conclusiones siguientes:

1.º El artículo 8, 3 RB no impone sino que habilita solamente una imputación al Municipio, a los efectos usucupatorios, de los actos posesorios de carácter comunal realizados por los vecinos.

2.º La determinación concreta de esta imputación ha de ser consecuencia de una interpretación del estado posesorio.

3.º Para que la imputación sea posible, y cuando se trate de actos individuales, no basta solo con un *animus* comunal

---

locum pascui, pecora in eo immitterent; tunc enim actus singularium vicinorum universitati mandanti, vel ordinanti sunt tribuendi.

(36) *Secundus casus est, quando non constat de mandato, nec datur alicua praevia communitatis ordinatio, vel dispositio, quae actus particularium vicinorum antecedat, sed tantum concurrit ratihabitio universitatis expressa, vel tacit aprobatio decurionum, vel officialium, tunc enim ex actibus particularium universitati praejudicum fit, quemadmodum diximus in casu madati, cui ratihabito, seu approbatio assimilatur.*

(37) *Ista autem ratihabitio, seu approbatio universitatis inducitur ex eo, quod universitas accriverit, non contradicerit; patientia enim ejus, vel administratorum et officialium habetur loco mandati, ut inducit concensum in his, in quibus contradictio est necessaria.*

(38) *...actus pascendi, aquandi, lignandi, aut colligendi fructus: quia talis actus semper praesumitur natus universitati.*

(39) *In proposito tamen ex qualitate actus particularium resultat scientia universitatis; veluti si non sit momentanens, sed sucessivus, vel reiterabilis.*

de los poseedores, sino que es preciso, al menos, un *tacitus consensus* de lo órganos municipales.

E) La mecánica de la imputación tiene también importancia para el caso en que haya lugar a responsabilidades. Si el propietario del fundo interrumpe los actos posesorios demostrando su ilegalidad, y exige responsabilidades, éstas han de alcanzar también al Municipio, por cuanto es también beneficiario de los actos de posesión dañosos; añádase a esto la condición de poseedores de buena fe que tienen los vecinos. Circunstancias todas que han de influir en el complejo de relaciones de responsabilidad.

2. El artículo 8, 4 del Reglamento de Bienes continúa de la manera siguiente:

> Se utilizaren durante veinticinco años bienes de propios en uso o servicio público o comunal, o siendo bienes comunales, durante el mismo período de tiempo fueren objeto de uso o servicio públicos.

Aquí se regulan dos supuestos muy diferentes: el uno es el fenómeno que podría denominarse desafectación-afectación; es decir, bienes que se desafectan de uso comunal para afectarse a uso o servicio público (y de él ya nos hemos ocupado en el capítulo anterior); y el otro, más sencillo, es un típico fenómeno de afectación de bienes de propios a usos comunales.

La determinación práctica de este último supuesto no será, en casos, nada fácil, teniendo en cuenta que hay formas de aprovechamientos comunales que se acercan a las que también son posibles en bienes de propios (cultivos en lotes periódicamente sorteados: aquí la diferencia no depende más que de la cuantía del canon), y también es muy probable que, aun sin conciencia de ello, unos años —e incluso el mismo año parcialmente— se realicen aprovechamientos de una clase y otros años de otra. Los permanentes conflictos que surgen en torno a la determinación de la naturaleza jurídica de unos bienes: o de propios o comunales, es una prueba de cuanto decimos. En este sentido, el loable intento reglamen-

tario de consolidar situaciones variables, no será, por desgracia, demasiado fácil de aplicar en la práctica.

Sin pretender, ni mucho menos, su aplicación inmediata en el derecho español, es de tener presente aquí el justificado criterio del derecho italiano, conforme al que se presume, salvo prueba en contrario, que los bienes son comunales, es decir, la existencia de usos cívicos, cuando los bienes pertenezcan al Municipio "ya que la propiedad del Municipio, en cuanto ente, es históricamente posterior a la de los vecinos" (40).

3. Todavía queda por hacer una observación importante: la usucapión de bienes comunales a favor del Municipio no opera sólo con el alcance que se le señala en el artículo 8, 4 RB —es decir, como medio de adquirir el dominio y, más aún, como forma de producir una afectación administrativa sin acto formal—, sino también —conforme a la idea más clásica de la prescripción— como medio de probar un derecho del que se carece de título, caso nada excepcional en materia de bienes comunales. La usucapión actúa asi como una cobertura general de prueba de la existencia de bienes comunales, que ha de colaborar indudablemente a la conservación de los mismos, facilitando su inventariado e inscripción y defensa general (41).

---

(40) Cfr. GRANITO, *Usi civici*, cit., pág. 126, donde se cita también jurisprudencia de fines del siglo pasado y principios de éste en tal sentido, y la opinión de RINALDI ("Prove del demanio", en *Archivio giuridico*, 1876, pág. 218): "Habiendo dudas sobre si un fundo es demanial o patrimonial del municipio, debe presumirse la demanialidad cuando no se pruebe de modo terminante el origen meramente civil de la posesión municipal".

(41) En el derecho italiano, y por las mismas razones, todavía es más enérgica la posición del legislador: "Teniendo en cuenta la enorme dificultad, cuando no la absoluta imposibilidad de probar el fundamento y la medida de los usos cívicos, en razón a lo remoto de su origen, la Ley establece que para probar su existencia, basta con demostrar quien sea el último poseedor de hecho de tales derechos" (GRANITO, *Usi civici*, cit., pág. 94). Cfr. también del mismo autor (páginas 120-146) las peculiaridades de la prueba de los usos cívicos en el derecho italiano. En el derecho histórico alemán, en cambio, no es preciso acudir a esta cobertura genérica de la usucapión —que se emplea en su sentido estricto—, ya que se admite la existencia de

4. Al margen de esta conversión de bienes de propios en comunales realizada mediante la prescripción ¿cabrá una afectación directa formal realizada por el Ayuntamiento? Entendemos que sí, pero sólo con los trámites dispuestos en los primeros números del artículo 8 RB. Si el supuesto contrario (es decir, la transformación unilateral de bienes comunales en de propios) no es posible, tal como vimos en el capítulo anterior, la razón se encuentra en el respeto de los derechos de los vecinos que el Municipio cotitular no puede desconocer. Pero esta dificultad no existe en el supuesto presente (transformación unilateral de propios en comunales), ya que aquí no hay que respetar derechos concretos de los vecinos. No obstante, es innegable que aquí entran en juego los intereses públicos generales del vecindario, ya que hay vecinos que pueden estar interesados en que no disminuya el patrimonio de los propios. Ahora bien, el cauce jurídico de defensa de estos intereses es el que señalan los primeros números del artículo 8 RB, que, por tanto, debe ser rigurosamente observado, y cuya problemática es examinada en otro lugar de esta obra.

---

servidumbres vecinales de origen desconocido, pero de ejercicio tradicional y remoto (cfr. MAURER, *Geschichte der Dorfversfassung in Deutschland*, I, 1865-1961, págs. 224-226).

CAPITULO DUODECIMO

LEGITIMACION Y RECUPERACION DE LOS BIENES COMUNALES USURPADOS

I.—Planteamiento.

II.—Hasta la época constitucional.

III.—La etapa constitucional.

IV.—Los bienes comunales y la reforma agraria republicana.

V.—La moderna formulación del principio de autotutela.

VI.—Especialidades recuperatorias en la legislación local y en la legislación forestal.

VII.—Recuperación administrativa directa.

VIII.—La acción judicial.

IX.—Medidas de defensa.

I. PLANTEAMIENTO

En diferentes lugares de esta obra se describe la actividad de los poderosos enemigos que en todo tiempo han tenido los bienes comunales y que, al cabo de los años, han terminado reduciendo su inmensa extensión primitiva a la situación presente: las apropiaciones del Príncipe —hoy del Estado— bien sea por vía singular o, mucho más peligrosas, de una manera general, transformando por ley la naturaleza jurídica de los bienes; las pretensiones de los señores de extender a ellos sus derechos de señorío, luego dominicales; las pretensiones de los vecinos de convertirles en bienes de propiedad privada, bien sea mediante la transformación de su naturaleza jurídica o bien mediante su repartición; y, por último, la agresión más elemental e injustificada: la usurpación.

De ella vamos a ocuparnos en el presente capítulo. Aquí no se trata de una ocupación de bienes comunales basada en un derecho más o menos discutible; el derecho ni siquiera es invocado, no hay ni apariencia del mismo, se trata de un hecho puro y simple. El usurpador tiene conciencia de la ilegalidad de su ocupación.

Junto a estas usurpaciones en sentido estricto, se encuentran otras, más ampliamente concebidas, en las que existe un título, aparentemente legítimo —que suele ser un negocio de disposición— otorgado por quien no tiene capacidad para el mismo (aquí comprendidas las infinitas licencias y privilegios de roturación de bienes comunales concedidas o enajenadas por los monarcas). Bien entendido que, por respeto a la jerarquía legal, no vamos a entrar aquí en el problema de la legalidad de las leyes desamortizadoras, ni de

la posibilidad de rescate de los bienes enajenados a su amparo (1).

En todo caso, la reacción jurídica frente a las usurpaciones ofrece dos variantes: o se consagra la ocupación (al margen de la usucapión) mediante un procedimiento legitimador, o se rechaza, en cuyo caso procede la reivindicación de lo usurpado, bien sea por vía administrativa o judicial.

Todos estos elementos irán apareciendo tanto en las fases históricas como en la legislación vigente. Con la advertencia, por último, de que hasta el siglo XIX va a estudiarse indiferenciadamente la reivindicación de los bienes comunales y la de los demás bienes municipales. Recuérdese que una tesis de este libro es la falta de distinción esencial originaria entre unos y otros. Ahora vamos a tener una prueba más de ello, al ver cómo históricamente no se hacen distinciones al respecto.

II. HASTA LA EPOCA CONSTITUCIONAL (2)

En el siglo XIV, Alfonso XI —que tanto se había preocupado de los intereses económicos de la nación— se cuidó en repetidas ocasiones de que fuesen reintegrados a su calidad de pastos comunes los terrenos usurpados por los labradores. En las Cortes de Valladolid de 1325, respondiendo a las peticiones 8 y 48 de los Procuradores, dispuso que los concejos, ciudades, villas y lugares que hubiesen sido de hecho despojados de sus términos, fuesen restituidos "sin alonga-

---

(1) Al iniciar Clavero su estudio sobre la *Recuperación administrativa de los bienes de las Corporaciones locales,* advierte igualmente que "por una parte, podría pensarse de *lege ferenda* en la recuperación de los bienes que fueron en otro tiempo de las Corporaciones locales y que, en virtud de leyes desamortizadoras, han pasado a manos privadas. De otra, cabe examinar el problema de *lege data* del ámbito, posibilidades y limitaciones que nuestros Municipios y Provincias tienen para recuperar los bienes de cuya posesión hayan sido privados indebidamente", en *Revista de Administración Pública,* núm. 16, 1955, pág. 117.

(2) Cfr. Nieto, *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras,* I, 1959, págs. 124-133.

miento de audiencia y juicio" (3). Cuatro años después ratificaba en Madrid estas declaraciones, ordenando la restitución y prohibiendo además las futuras enajenaciones, calificando estos terrenos como *procomunal* y mandando concretamente que "los exidos que los pueblos tienen y poseen no se labren para pan". En los casos en que se alegaban derechos de roturaciones, habían de enviarse al Rey los pretendidos títulos para su examen y aprobación (4).

Existía, pues, ciertamente, una norma general de conservación de los pastos de los Municipios (aprovechados de ordinario comunalmente); pero al mismo tiempo se advertía una corriente contraria, no menos fuerte, de permitir la roturación o cambio de cultivo, originada por generosidad, recompensa o venalidad de los reyes y señores. Las consecuencias habían de ser inevitables: litigios en cuantas ocasiones no se aceptaban los privilegios alegados. Ya hemos visto cómo en 1329 se hizo por el Monarca la primera revisión de licencias: a partir de entonces debían de hacerla en cada caso los Tribunales. Pero ante la Justicia ordinaria, la parte que representaba a los Municipios no solía actuar con demasiado celo en defensa de sus intereses, unas veces por desidia o ignorancia, otras por corrupción, y en muchos casos por ostentar la doble calidad de autoridades y usurpadores, notoriamente interesados, por tanto, en que las ocupaciones no se pusiesen en claro. En los calamitosos tiempos del reinado de Juan II estas situaciones debieron ser tan frecuentes que hubo de recordarse en Madrid el año 1425 a las autoridades locales y regidores el cumplimiento de su deber de seguir y defender los pleitos iniciados sobre estas materias (5).

Pero con estas medidas no llegaron a alcanzarse los deseados efectos de las restituciones definitivas porque, aunque se obtuviese una sentencia favorable, con el sistema de apelaciones del procedimiento ordinario, los pleitos podían alargarse lo suficiente como para que desapareciese la Autoridad que había tenido empeño en el asunto e, incluso, que se borase de la memoria de los vecinos. Además, muchas sentencias firmes eran lisa y llanamente no ejecutadas, con lo cual se "recrescían dos daños a los pueblos: el uno con las tomas y ocupaciones de sus términos, y el otro con las costas baldías que se han hecho para les recobrar".

En todo caso, la recuperación de los bienes comunes y de los pueblos (como los de la Corona) se reconduce en el principio de la inalienabilidad del Señorío del reino en abstracto y de las regalías

(3) *Novísima Recopilación*, 7, 21, 1.

(4) *Novísima Recopilación*, 7, 21, 2.

(5) *Novísima Recopilación*, 7, 21, 3.

y cosas públicas en particular, manejando una expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA. Si los Monarcas reivindican o, por mejor decir, recuperan los bienes por ellos enajenados (6), ello es consecuencia de que tal enajenación había supuesto una infracción del principio prohibitivo de la misma, que de ordinario les habían impuesto sus vasallos (7).

En tiempo de los Reyes Católicos esta situación toma un nuevo aspecto, pues no estaban los Monarcas dispuestos a aceptar que las leyes fueran letra muerta y que se prolongase esta periódica alternancia de donaciones y revocaciones. Se habían propuesto que su autoridad no fuese la de Enrique IV y dictaron leyes que, si en algunos aspectos literales eran repetición de otras anteriores, en su espíritu alentaba un propósito mucho más tenaz, que los pueblos iban pronto a conocer.

En la Ley 81 de las Cortes de Toledo de 1480 se plantea el problema en sus términos más crudos y se dispone la creación de Pesquisidores o Jueces extraordinarios para que colaboren con la Justicia ordinaria en el remedio de esta situación. El procedimiento a seguir era el siguiente: Dada cuenta al Pesquisidor, en el improrrogable plazo de treinta días el usurpador había de presentar los justificantes de su acción, pero "sin otros escritos ni contradicciones, ni tachas de testigos ni de escrituras, y en este plazo *simpliciter* y de plano y sin figura de juicio el juez haría las averiguaciones pertinentes y daría por terminada la causa con severísimas penas para los que se opusieren o no cumpliesen las sentencias; sin perjuicio de que, aun acatando este juicio sumario de posesión, alegasen su derecho de propiedad ante el propio Consejo Real, ya que estos juicios sumariales no producían excepción de cosa juzgada".

Para velar por el cumplimiento de esta Ley, en Pragmática dictada en Sevilla por los mismos Reyes en 9 de junio de 1500, se establecía entre las principales funciones de los Corregidores y Gobernadores el inquirir en los lugares donde ejercieren su jurisdicción, por si las sentencias dictadas en los juicios de ocupación habían sido cumpli-

(6) Cfr. COS-GAYÓN, *Historia jurídica del Patrimonio Real*, 1881, págs. 36 y 37, y LÓPEZ RODÓ, *El Patrimonio Nacional*, 1955, págs. 78 y siguientes.

(7) El tema de la inalienabilidad y sus consecuencias ya ha sido tratado en el capítulo X de este libro. Lo que aquí interesa recordar es que sus efectos se despliegan en técnicas paralelas —la reversión y la recuperación— que no terminan de separarse del todo hasta bien entrada la Edad Moderna. Sobre la reversión y la inalienabilidad, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, "El dogma de la reversión de las concesiones", en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, 1955, págs. 51 y sigs.

das, y en caso contrario, velar por su efectividad e, incluso, averiguar los casos de usurpación en que aún no se hubiese iniciado (8). Dado el extraordinario poder concedido a estos funcionarios y a su carácter independiente, estas medidas fueron de extendida aplicación.

En 1489 los Reyes Católicos concedieron, sin embargo, una legitimación general de ocupación de tierras aunque, bien es verdad, por un motivo sobradamente justificado: se trataba del caso en que los ocupantes hubiesen edificado o plantado. Aquí los perjuicios de la devolución eran graves. En su atención, en Pragmática fechada en Jaén en 30 de junio, eximieron de la entrega de esos solares y terrenos, pero imponiendo un censo sobre los mismos.

La violencia de este régimen hubo de dulcificarse al correr los años y en 1532 se amplió el perentorio plazo a setenta días, además de modificarse algunos extremos sobre la posibilidad de apelaciones. Nuevamente D. Carlos y D.ª Juana, en 1552, volvieron a ocuparse de la cuestión, lo que significa que, ni aun en el cenit de su poder, había logrado la Monarquía vencer la resistencia de los pueblos que, a la postre, conseguían siempre paralizar las disposiciones del poder judicial y del legislativo. Nunca faltaba a los demandados cualquier pretexto para ir dilatando la ejecución a pesar de las intimaciones anteriores. Y así se dispuso:

> "Porque de la instrucción dada a los Jueces de términos (los jueces especiales) resulta que teniendo el demandado cualquier título del Concejo que pide la restitución, se impide la ejecución, declaramos que si el título que tuviere fuese dado después del año 1542 por la ciudad, villa o lugar que pide sin licencia nuestra, que el Juez del término ejecute la sentencia nuestra que dicte en posesión, sin embargo, de la apelación. Y mandamos que los Jueces de términos tomen en el punto y estado que se hallasen los procesos y pleitos hechos por otros Jueces de términos o Jueces ordinarios, y hagan justicia en ellos conforme a la ley de Toledo, no estando los tales pleitos en las Audiencias" (9).

Ya en 1491 los mismos Reyes Católicos habían dictado dentro de la línea de su inexorable política, las célebres disposiciones que afectaban a las Ordenanzas de Avila y términos de Granada; pero aún se tomaron más medidas para lograr la reintegración de los patrimonios del procomún de los pueblos. Sucedía con harta frecuencia que no se iniciaban los procedimientos de devolución por ser precisamente las

(8) *Novísima Recopilación*, 7, 21, 12.

(9) *Novísima Recopilación*, 7, 21, 7.

Autoridades los autores del despojo y por razón, además, del ejercicio de sus cargos; de tal manera que durante el mismo ocupaban los terrenos y al cesar de su ejercicio no les abandonaban sin que nadie, por respeto a su autoridad, se atreviese a denunciarlo. Don Fernando y Doña Isabel en Real Pragmática dada en Valladolid en 21 de julio de 1492 (10) ordenaron bajo penas severísimas estas devoluciones, privando del oficio al usurpador, con la particularidad de poder hacerlo "sin otra sentencia ni declaración alguna y sin preceder a ello otra liquidación ni conocimiento alguno de causa ... y que cualquier Corregidor o Pesquisidor o Juez de Residencia de su oficio pueda ejecutar lo dicho".

Acabamos de ver cómo el César Carlos había tenido en cuenta los casos en que los usurpadores tenían un título de concesión dado por el propio Concejo reclamante y, en general, cómo desde Alfonso XI había preocupado la concesión de otras licencias por parte de los mismos monarcas. Esta situación era en principio irreparable, habida cuenta la organización política y administrativa de la época, que se basaba en el favoritismo y en la gracia real; pero esto no impedía que en los momentos de revisión de los abusos existentes se procurase poner remedio. Don Fernando y Doña Juana, en las Cortes de Burgos de 1515, prohibieron a los Concejos hacer concesión de licencias de ocupación de sus términos y, extremando las cosas bajo la presión de los Procuradores, llegaron a declarar que ni siquiera los propios Monarcas estaban facultados para ello (11). Don Carlos y Doña Juana, en las Cortes de Madrid de 1528, volvieron a reiterar, en lo referente a los Concejos, la prohibición anterior, con nulidad de las dadas sin su real licencia (12). Y en 1593 Felipe II volvía a insistir sobre el particular, ordenando que se nombrasen jueces para la venta de términos y baldíos de los pueblos.

Pero con licencia o sin ella, las roturaciones continuaban fatalmente; el precio de la carne se elevó de un modo considerable a mediados del siglo XVI y los amigos y protectores de la Mesta (13), sin

(10) *Novísima Recopilación*, 7, 21, 4.

(11) Cfr. otros lugares de esta obra donde se estudia el problema de las facultades del monarca sobre los bienes comunales, y particularmente para disponer sobre los mismos. Cfr. en especial el capítulo XV y la pág. 489.

(12) *Novísima Recopilación*, 7, 23, 1.

(13) Obsérvese que el fortalecimiento legal de las reivindicaciones no es provocado por los Concejos locales, sino por el Honrado Concejo de la Mesta. Las razones son muy claras: toda usurpación de bienes municipales suele implicar una roturación de terreno de pastos y, por tanto, un perjuicio para la ganadería. A esto se añade que tales pastos eran de ordinario aprovechados por ganados del Honrado Concejo (en virtud de un conocido privilegio que, en principio, les

atender a las demás consideraciones de la coyuntura económica, achacaron solamente este encarecimiento a la reducción de los terrenos de pastos y subsiguiente elevación del precio de los mismos. El Emperador y su Consejo Real, dóciles siempre a las sugerencias de su fiel servidor el Honrado Concejo, acordaron en Valladolid el año 1551 "por qué nos fue hecha relación por los Procuradores de las Cortes que el precio de las carnes había subido y subía excesivamente a causa de que los pueblos de nuestros reinos y señoríos rompían los pastos y términos públicos, y faltaba la yerba para la sustentación del ganado y las pobres gentes no alcanzaban para se sustentar de carne y que esto se remediaría con mandar reducir a pasto lo rompido", un orden curiosamente escalonado de devoluciones: para lo ocupado en los diez años últimos sin licencia real, devolución inmediata; para lo ocupado en fechas anteriores, información pública sobre ello y se resolvería por las justicias según lo procedente; para lo ocupado por las autoridades, procedimiento conforme a la ley de Toledo (y su aclaración de 21 de julio de 1492); y para lo ocupado por licencia real temporal por pago de algún servicio, devolución inmediata una vez pasado el plazo fijado (14).

El 20 de mayo del siguiente año, Don Carlos y Doña Juana y el príncipe Felipe, Gobernador en su ausencia, modificaron la disposición anterior, aclarando que los plazos de devolución eran de ocho años para los pastos de ganado ovejuno y doce para los de vacuno, y que respecto a los derechos de tercero, si los rompimientos se hubiesen hecho al amparo de arrendamientos otorgados ante Escribano, la devolución había de aplazarse hasta que expirase el contrato (15).

Dentro de esta serie de órdenes ineficaces, encontramos una nueva y enérgica medida tomada por Felipe II en Badajoz en pragmática de fecha 14 de octubre de 1580. En ella se dispone el reintegro a pasto de cualquier terreno que a él hubiese estado dedicado durante veinte años, sin que se considerase interrumpido este plazo en las dehesas en que se hubiese roturado por cualquier causa una parte de ellas (16). Pero en esta época el poder de la Mesta no era el mismo de treinta años antes, ni el poder real, agobiado de quejas, se sentía con fuerzas para oponerse a los enemigos del Honrado Concejo. La

---

asimilaba a los ganados de los vecinos en orden a los aprovechamientos comunales), que era, por tanto, quien salía directamente perjudicado. Sobre la eterna cuestión de las relaciones entre ganaderos y agricultores, cfr. las obras especiales de KLEIN y NIETO ya citadas, y entre las obras generales, la *Historia económica de España*, de VICÉNS VIVES, cit., págs. 232 y sigs.

(14) *Novísima Recopilación*, 7, 25, 4.

(15) *Novísima Recopilación*, 7, 25, 5.

(16) *Novísima Recopilación*, 7, 25, 8.

conminación anterior constituyó un aglutinante para que se agrupasen las ciudades que se consideraban afectadas, y veintiún Municipios elevaron una protesta que fue secundada por los nobles y por los señores, los mayores usurpadores. Una intensa campaña —a la que no faltaban argumentos, siendo el mejor de ellos el odio popular a los trashumantes— agitó el país en contra de la ganadería. El presidente de la Mesta hubo de dar órdenes a los Entregadores para que no presentasen más pleitos sobre ocupaciones, teniendo en cuenta, por otro lado, la sistemática postura en contrario de las Chancillerías (17).

A pesar de todo esto, debe tenerse presente que, por efecto de la primera condición del servicio de millones, en 1591 se concedió a los labradores el arbitrio de los rompimientos de las dehesas y pastos comunes. Las consecuencias de esta terrible disposición —a la que se añadió en 1603 la exclusión de las ganaderías estantes de los privilegios mesteños y de la protección de los Alcaldes Entregadores—, fueron muy graves para la Cabaña nacional. El ganado estante que por su debilidad económica y falta de organización no pudo compensar la disminución de pastos con el arrendamiento de las dehesas alejadas, vio reducirse sus efectivos a una cuarta parte del promedio habitual.

Hemos visto anteriormente cómo en 1515 Don Fernando y Doña Juana habían prometido a los Procuradores de las Cortes no volver a enajenar bienes del procomún a los particulares por considerarlo como un verdadero despojo. El propósito no fue cumplido, ni podía serlo en aquel momento histórico y mucho menos cien años después. No obstante, las Cortes insistían sobre este punto, por considerar que los Monarcas en estas concesiones disponían de lo que no era suyo, siquiera fuese por aliviar la penuria del Tesoro o para satisfacer ambiciones personales. En 1609, Felipe III, en Segovia, el día 21 de agosto, aceptando las condiciones impuestas por el servicio de millones, afirmaba: "... se nos ha pedido y suplicado que ... mandemos que no se vendan tierras baldías...; para que lo susodicho se guarde y cumpla inviolablemente ahora y en todo tiempo, damos nuestra fe y palabra real por Nos y por nuestros sucesores de guardar y cumplir así, y hagamos de ello, para mayor fuerza, ley. Y por ser cosa conveniente al bien común de estos reinos, y hacerles bien y merced, lo hemos tenido por bien; y así por esta nuestra Carta que queremos que valga por Ley y Pragmática-sanción, hecha y promulgada en Cortes, prometemos por Nos y por nuestros sucesores ahora y por siempre jamás, en la forma y manera que por fuerza y validación se requiere, que no venderemos ni enajenaremos tierras baldías". Ocioso parece in-

(17) Cfr. KLEIN, *La Mesta*, cit., pág. 330.

dicar que, pese a tan firmes palabras, las licencias contiuaron otorgándose y aun a mayor ritmo que antes (18).

Durante el siglo XVI también se extendió por América el fenómeno de las usurpaciones, hasta tal punto que Felipe II por Real Célula de 1591 (recogida en la ley 14, título 12, libro IV de la Recopilación de 1680) —que ya hemos citado por otros conceptos— se vio obligado a regularizar los procedimientos de reivindicación ordenado "a los virreyes y presidentes de audiencias virreinales, que cuando les pareciere señalen término competente para que los poseedores exhiban ante ellos, y los ministros de sus audiencias que nombraren, los títulos de tierras, estancias, charcas y caballerías; y amparando a los que con buenos títulos y recaudos, o justa prescripción, poseyeren, vuelvan y restituyan las demás, para disponer de ellas a nuestra voluntad".

Al llegar a este punto, antes de examinar el Decreto de 1633, conviene que nos detengamos un momento para hacer un resumen de lo dicho: Hay una norma general que ordena que los bienes comunes dedicados a pastos no salgan de la propiedad de los concejos y sigan con este fin pecuario; pero los labradores, una vez por la simple ocupación y otras al amparo de títulos que conceden el Rey o los concejos, van roturando estos pastos. Con estos datos se producen los siguientes fenómenos legislativos: a petición de la Mesta, se ordena que no se roturen los terrenos pastueños y se devuelva lo usurpado con la natural consecuencia de la oposición de los ocupantes y de los pueblos que han obtenido la licencia; y, por otro lado, a petición de los concejos que aún conservan íntegro su patrimonio y temen futuras enajenaciones del Monarca, se prohiben éstas en términos absolutos por la natural oposición de los concejos a que el Rey les venda sus propiedades, aunque sólo sea porque aspiran a venderlas ellos. Consecuencias: ni el Rey ni los concejos interrumpen sus ventas ni sus licencias de roturación. Desde este punto de vista, la Mesta es la única institución que defiende la legalidad y mientras conserva su autoridad, exige el cumplimiento de las leyes, pero cuando llega la hora de su decadencia, las leyes son letra muerta al no haber nadie que tenga realmente interés en su observancia.

---

(18) En Francia, un Edicto de marzo de 1600, fundándose en las malas artes con que de ordinario se realizaban las enajenaciones de bienes comunales, aun revistiéndolas de las formas jurídicas más solemnes, autorizó a las comunas para que durante cuatro años recuperasen los bienes por ellas enajenados, mediante la devolución del precio realmente recibido. Sobre las enajenaciones de baldíos, recuérdese lo dicho en Capítulo IV de esta obra, esp. págs. 159 y sigs.

Si a lo ancho y a lo largo de los campos de España los ganaderos habían de sufrir las continuas vejaciones que, al amparo de las Chancillerías, les imponían los labradores, al menos existía un punto —Madrid y su Consejo Real— que conservaba su tradicional amistad con el Honrado Concejo. A él acudió la Mesta intentando cortar la situación precedente, y el Consejo, estudiando con el debido interés el asunto, redactó un memorial que remitió en representación a Su Majestad, quien tuvo a bien aceptarlo y promulgar la Real Pragmática de 4 de marzo de 1633, la cual no se limita a remediar los pasados abusos o a intentar hacer efectivas las leyes anteriores, sino que, excediéndose de toda medida, hace declaraciones que hubieren sido difíciles de cumplir aun en los momentos de mayor autoridad de la Mesta un siglo antes. Si los ganaderos habían suplicado disposiciones a su favor, por parciales y duras que fueran, pudieron darse por satisfechos, ya que el Consejo Real no regateó las palabras; pero mucho más eficaz hubiesen sido para los rebaños trashumantes algunas palabras menos y un poco más de energía en el cumplimiento de lo dicho.

Para poner remedio a la disminución de los pastos, se dispuso también que las Justicias de cada lugar hiciesen relación de las dehesas que se rompían en sus lugares con adición de testimonios de la licencia, si la hubiere, para su examen; debiendo devolverse al pasto todas las dehesas, ejidos y baldíos que se hubiesen roturado desde 1595 sin licencia, y las que contasen con ella, en cuanto se hubiese pasado el plazo concedido.

No contentándose con esta reiteración de leyes anteriores, se organizó además un verdadero plan de defensa de los pastos comunales (o, por mejor decir, de los pastos de aprovechamiento conjunto de los ganados de los vecinos y de los mesteños asimilados), ordenándose a las Justicias que procedieran a la enumeración y descripción de todas las dehesas existentes, con determinación, incluso, del número de ovejas susceptibles de admitir. La formación de este interesante Catastro (que, naturalmente, no se llevaría a cabo) tenía por objeto el poder saber, en adelante, si se habían hecho roturaciones, mediante el simple cotejo entre la realidad y el inventario. Prohibíase en tonos firmes la concesión de nuevas licencias de roturaciones, pero se abría el portillo a ellas "cuando fuese por causa necesaria y de beneficio público, y concurriendo para ello dos partes del Consejo y habiéndose oído primero al Procurador del Reino, y consultándoseme (al Rey) sobre ello". En auténtica defensa de los intereses del procomún, se prohibía también el arrendamiento a particulares de pastos destinados a derrotas, y para que las viñas no redujesen

aún más la superficie pastable, se prohibió su plantación sin licencia. La Mesta agradecida por este Decreto y sin regatear tampoco palabras, votó ostensiblemente, para Felipe, el epíteto de "el Grande" (19).

Con posterioridad a este *tour de force* no vuelven a ocuparse los Reyes durante más de un siglo (20) con carácter general de este problema de las roturaciones, convencidos de la inutilidad de ello. Avanzado ya el siglo XVIII, existe un Auto del Consejo de 3 de junio de 1735 en el que se previene la vista e informe del Procurador General de la Mesta en los expedientes de rompimientos; disposición que fue olvidada y hubo de reiterarse, a petición, en Auto acordado del Consejo de 18 de noviembre de 1791.

Fernando VI reanuda la serie, tanto tiempo interrumpida, de disposiciones que ordenaban el reintegro de roturaciones en interés de la conservación de los terrenos comunes de los Concejos. Por Real Decreto de 30 de diciembre de 1748 (21) se reitera la prohibición de

---

(19) En Francia, y por aquella misma época, había de alcanzar el año 1630 una especial significación. Un Edicto de abril de 1667 anuló todas las ocupaciones realizadas por los nobles a título de *triage* a partir de aquella fecha, pudiendo, además, las Comunidades recuperar "de pleno derecho y sin formalidades de justicia" los bienes vendidos por ellos desde 1630 por cualquier título que hubiere sido. La razón de esta nulidad de contratos y títulos aparentemente legales estriba, como dice el Preámbulo del Decreto, en que "para despojar a las comunidades de habitantes se han servido de deudas simuladas y se ha abusado, incluso, de las formas más regulares de justicia... la mayor parte se han hecho a un precio vil, sin causas legítimas y sin utilidad para las comunas" (este Preámbulo es rico, por lo demás, en otras afirmaciones dogmáticas de gran interés: "Las enajenaciones de los bienes comunales no están en orden... las comunidades se consideran menores... los usos y bienes comunales pertenecen al público a un título que no es menos favorable ni menos privilegiado que el de las otras comunidades que conservan sus bienes por ser incapaces de venderlas salvo casos singulares y extraordinarios y siempre con facultades de recuperación... Los bienes comunales han sido concedidos solamente en forma de uso para permanecer inseparablemente unidos a los habitantes de los lugares). Conviene advertir, por último, que según HENRION DE PANSEY *(Des biens communaux...*, cit., págs. 369 y sigs.), este Edicto, al arbitrar medios extraordinarios de recuperación a partir de 1620, no por ello convalidaba las usurpaciones anteriores a esa fecha, que podían invalidarse por los mismos ordinarios de derecho. Tesis, a decir verdad, poco compartida por la doctrina francesa.

(20) Por el contrario, en Francia, como se indica en otro lugar, tuvieron lugar a fines del siglo XVII (Declaraciones de 6.11.1677 y 11.7.1702), una serie de legitimaciones de ocupaciones arbitrarias realizadas por los señores, sin otra obligación que la de pagar una cierta cantidad al Tesoro Real.

(21) *Novísima Recopilación*, 7, 25, 15.

conceder nuevas licencias; pero para los casos que se estimen de gravedad, se indica el trámite e informe del Consejo de Hacienda, como más adecuado para ponderar la existencia de la necesidad. Para las dehesas rotas sin licencia, se impone la devolución inmediata. Alegando licencia, en un plazo de sesenta días deberán presentarse los títulos, bien al Consejo de Hacienda; bien al Real, y en caso de discusión se señala la competencia de la Sala de mil y quinientos, con inhibición de otros Tribunales e informe del Fiscal Real y Honrado Concejo. Pero, incluso cuando mediase licencia o reconocimiento, se impone la devolución, compensándose al titular, si lo fuere por pago, con las rentas que produjesen los pastos.

Con el advenimiento de Carlos III desaparece para la Mesta su último refugio de apoyo: Madrid y el Consejo Real vuelven la espalda a los intereses de los ganaderos trashumantes, que habían sido hasta ahora los defensores de los bienes comunales, y aun en contra de los propios Concejos y vecinos. (Paradójica actitud cuya explicación ya se ha indicado antes: la Mesta tiene el derecho de participar en estos bienes, como si fuera un vecino más: de aquí su interés en la conservación de los mismos). En materia de rompimientos desaparece la antigua rigidez legislativa y ya no son respetadas las dehesas en los repartimientos previstos en la reforma agraria, que planearon este Monarca y sus sucesores. En la Real Provisión de 20 de mayo de 1770 (22), en la que se dispuso el repartimiento de tierras de propios y arbitrios de concejiles a los labradores, se determinaba simplemente en su regla octava que se acudiese al Consejo a pedir la licencia necesaria en los casos de roturas prohibidas.

Por otro lado, paralelamente a esta corriente legislativa, se fue fijando a lo largo del siglo XVIII, en el Consejo de Castilla, una doctrina jurisprudencial marcadamente reivindicatoria, que emprendió con tenaz empeño la tarea de reincorporar a la Corona los bienes que de ella habían sido indebidamente separados (23).

Las dificultades prácticas de su realización, y la inseguridad social propia de una política rigurosa de reivindicaciones, habría de dar lugar a la figura de la *composición* —o regularización de una situación posesoria ilegal o, al menos, dudosa—, manejada tanto en las usurpaciones del Patrimonio de la Corona (a que se alude en el párrafo anterior) como en los intentos recuperatorios del patrimonio comunal, objeto de nuestro estudio. Con la posibilidad de la composición —que hemos luego de ver reaparecer periódicamente también en el si-

---

(22) *Novísima Recopilación*, 7, 25, 17.

(23) Cfr. sobre este punto COS-GAYÓN, *Histórica jurídica...*, cit., págs. 38 y sigs.

glo XIX, aunque con otros nombres— se busca una fórmula de compromiso entre las necesidades del fisco y las situaciones posesorias. De ella debe distinguirse la prescripción: ambas tienen de común la falta de un justo título; pero la prescripción opera *ex lege* sin intervención administrativa, mientras que la composición —que implica de ordinario una posesión más breve que la usucapatoria— precisa de un acto administrativo de reconocimiento y de un pago del usurpante. La composición precisa siempre una norma habilitante de la Administración, en la que, a veces, se hacen constar también los caracteres que la separan de la prescripción. Estas habilitaciones se conectan de ordinario con las grandes ofensivas reivindicatorias que realiza periódicamente la Administración, y que van precedidas indefectiblemente por una orden de exhibición de los títulos de los ocupantes. Los poseedores sin título o con título insuficiente se clasifican en usucapientes y meros usurpadores; de entre estos últimos, a los que reúnen ciertas cualidades se les ofrece la posibilidad de una composición o regularización mediante el pago de una modesta cantidad. Los otros, o son desalojados, o se ven precisados a pagar el valor total de las parcelas. Los poseedores que no presentan sus títulos dentro de los plazos señalados, son considerados como simples usurpadores y condenados al desalojo.

Este esquema ideal puede observarse, más o menos desfigurado, en diferentes épocas, tanto en España como en América. Así en la Real Instrucción para los Dominios de América comunicada por Real Cédula de 15 de octubre de 1754, en la que se procede a una revisión general de usurpaciones, se declaran prescritas las anteriores a 1700, y se someten a depuración las posteriores mediante una fórmula de composición que dulcifica un tanto la orden inicial de reivindicación (24).

En este estado de cosas, se llega a la época de la Revolución francesa (25).

(24) Esta Real Instrucción se comenta y transcribe literalmente en OTS CAPDEQUÍ, *España y América*, 1959, págs. 104 y sigs. Conviene, además, añadir que desde primeros del siglo XVIII existía en Indias una "superintendencia de la composición de tierras que se posean en las Indias sin título, así como de aquellas otras que se hayan ocupado con exceso".

(25) Recuérdese el Decreto de 28.8.1792 por el que se abre un plazo de cinco años para que las Comunas reclamen ante los Tribunales la efectividad de la declaración de nulidad que en el mismo se hace de todas las usurpaciones que por cualquier título hayan realizado *los nobles* en los bienes comunales a partir de 1630. Su art. 8 dice literalmente: "Las comunas que justifiquen haber poseído antiguamente bienes o derechos de uso, de los que hayan sido despojados en su totalidad o en parte por los señores, podrán hacerse reintegrar

III. LA ETAPA CONSTITUCIONAL (26)

Por ser contrarias a las leyes las roturaciones de terrenos comunes y de baldíos, los Corregidores, Alcaldes mayores y Delegados de la Mesta, habían perseguido a los que labraban dichos terrenos hasta que la Real Orden de 20 de abril de 1816 mandó suspender tales procedimientos, debiendo limitarse las Autoridades, a partir de entonces, a

---

en la propiedad o posesiones, no obstante todos los edictos, declaraciones, sentencias, transacciones y posesiones en contrario, a menos que los señores presenten un acto auténtico que pruebe que han adquirido legítimamente dichos bienes". Téngase presente, sin embargo, el carácter de discriminación clasista de este Decreto, que sólo se dirige contra los nobles; mientras que, por otro lado, afirma su intención de "no inquietar las posesiones particulares y pacíficas". Por ello, exceptúa de la recuperación a las posesiones existentes antes del 4 de agosto de 1789 a favor de quienes no fueran mandatarios, herederos o legatarios de feudo a título universal, y también a los poseedores que tengan un título legítimo y que han roturado las tierras por sus propias manos o por las de sus antepasados. En sustancia, las comunas sólo pueden ejercitar sus acciones recuperatorias frente a los nobles que aún se encuentren en posesión de antiguos bienes comunales, pero no contra particulares que hayan adquirido estos bienes de los nobles a título oneroso.

Forzoso es reconocer que la inteligencia de esta Ley no es nada sencilla. Fue dictada con espíritu de revanchismo y fue aplicada con parcialidad. Para HENRION DE PANSEY *(Des biens communaux...*, cit., pág. 372), la explicación de esta Ley es distinguir entre causas legítimas y causas no legítimas de adquisición de bienes comunales, y por ello, se enumeran una serie de ellas que, a pesar de ser normalmente por completo legítimas (¡incluso una sentencia!), se reputan ilegítimas a estos efectos.

El espíritu de la Ley es el siguiente: Ella dice a los jueces: "Si oponiéndose a una demanda, el señor no invoca más que transacciones, sentencias, edictos, letras patentes, como teniendo en cuenta la naturaleza de estos actos, es muy posible que la fuerza o la astucia se oculten bajo la apariencia y las formas de la justicia, las desestimaréis instintivamente y sin examen; pero cuando os sea presentado un contrato de venta, si la causa ha sido justa y la forma regular, la juzgaréis bajo la fe de esta doble garantía, y si la comuna ha contratado libremente, le mantendréis al señor en su posesión" (cfr. también la nota 26 bis del capítulo anterior).

(26) En la sucinta relación de disposiciones españolas que a continuación se hace, se sigue, en lo fundamental, la minuciosa tesis doctoral de A. TARANO, *Roturaciones arbitrarias y concesiones de terrenos*, Universidad de Madrid, 1954 (inédita). Cfr. también la voz "Roturaciones arbitrarias" en el *Diccionario de la Administración española*, de ALCUBILLA, 6.ª ed., t. XIII, 1930.

dejar expeditas y corrientes las cañadas y demás servidumbres de ganados.

Posteriormente, la Real Orden de 24 de julio de 1826 indultó a los que habían hecho roturaciones en la época constitucional y a los que las verificaron antes en Montes Públicos, si bien con la condición de conservar el arbolado, reputándole de los propios del común (27).

La Real Orden de 6 de marzo de 1834 permitió a los adquirentes de baldíos por compra o repartimiento, solicitar la legitimación de las adjudicaciones hechas anteriormente siempre que los interesados se comprometieran a pagar un canon perpetuo por la explotación de que disfrutaban.

Ordenación semejante se decretó para aquellos particulares que, aprovechándose del desconcierto general que en la materia existió en todo momento, habían roturado arbitrariamente y sin derecho alguno terrenos baldíos, toda vez que, además de conservarles en la posesión de las tierras cultivadas (con la leve condición de demostrar que habían mejorado notablemente el suelo baldío plantándole de ár-

---

(27) Esta corriente revisionista-legitimadora tiene su exacto paralelo en Francia. La Ordenanza de 23.6.1819 había encomendado a las Administraciones locales el ocuparse sin demora de la búsqueda y del reconocimiento de los bienes usurpados a las comunas con posterioridad a la Ley de 10 de junio de 1793 y, en general, de todos los bienes de origen comunal que encontrándose en posesión privada, su ocupación no resultase de un acto de concesión o repartición escrito o verbal. Cada poseedor está obligado a hacer en el plazo de tres meses declaración de los bienes comunales de que disfruta sin derecho. La Asamblea municipal, con autorización del Prefecto, puede acordar que se quede con ellos, comprometiéndose a pagar o los cuatro quintos de su valor o una renta equivalente al vigésimo del mismo (cfr. DESJARDINS, *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'Etat, des Departements, de Communes et des Etablisements publics dans le droit ancien et moderne*, 1862, pág. 379). El alcance de las legitimaciones y de las reivindicaciones no era nada fácil de determinar y provocó una intensa actividad reglamentaria, jurisprudencial y doctrinal. A este efecto, en un esfuerzo sintetizador, CORMENIN ofrecía las siguientes reglas:

1) La existencia de un acuerdo de repartición, aunque sea irregular por su forma, es suficiente para hacerla válida.

2) Los que poseen en virtud de un acto de concesión o de partición, incluso verbal, deben ser mantenidos pura y simplemente (Ordenanza 23.6.1819).

3) Si el documento que acredita la partición ha sido quemado o perdido, puede suplirse, bien por actos de reconocimiento de los vecinos, bien por exhibición de las deliberaciones del Consejo Municipal que le provocaron (Ordenanzas de 23.6. y 20.10.1819). CORMENIN, *Questions de Droit administratif*, 2.ª ed., 1823, pág. LXXII).

boles o viñas, como en efecto casi todos lo hicieron), se les legalizó su situación de dominio, obligándoles únicamente a satisfacer desde entonces y con carácter perpetuo, un canon del doce por ciento del valor que tuviesen dichos terrenos antes de ser mejorados.

Por Decreto de las Cortes de 18 de mayo de 1837 se acordó mantener en su posesión a los que tuvieran tierras de las repartidas en 1770 y pagaran un canon por ellas; a los que tuvieran tierras procedentes de los repartimientos hechos por los Ayuntamientos o Juntas durante la guerra de la Independencia, o en virtud del Decreto de las Cortes de 1813 o de otras órdenes superiores con patentes; *y a los que hubieran roturado terrenos arbitrariamente,* siempre que los hubieren mejorado y pagaran por ellos un canon del dos por ciento sobre el valor primitivo de la finca (28).

Posteriormente, en la época de la desamortización, se dictó la ley de 6 de mayo de 1855 para legalizar de un modo definitivo, declarándolos propiedad particular, los terrenos que en diversas fechas se habían repartido, unas veces con arreglo a disposiciones legales y otras bajo la presión de las circunstancias que pusieron a los Ayuntamientos y Juntas, en los azarosos días de la guerra de la Independencia, en el caso de hacer repartos. A tal efecto, se establecieron diversas reglas, según los casos, incluyéndose en la legitimación las agregaciones que a los terrenos repartidos se hubieran hecho mediante roturaciones arbitrarias.

En el artículo 8.º de la *Ley de 3 de junio de 1868* se dispone que los terrenos que desde tiempo inmemorial hubiesen permanecido sin aprovechamiento, o los que hubiesen tenido interrumpido el cultivo por espacio de quince años consecutivos, sólo pagarán, al ser roturados y cultivados, la contribución de inmuebles que hubiesen satisfecho el año anterior, por tiempo desde diez años a veinticinco, según la clase de cultivo a que se dedicaran (28 bis).

La *Real Orden de 26 de enero de 1894* prohibió que se admitieran nuevas solicitudes de legitimación de terrenos baldíos, realengos, comunes, propios y arbitrios, y atribuye a las Autoridades económicas la tramitación de los expedientes de la legitimación de roturaciones arbitrarias que antes estaba encomendada a los Gobernadores civiles.

---

(28) Referencia tomada de CÁRDENAS, *Historia...*, cit., II, páginas 197-198.

(28 bis) En materia de montes cfr. la R. O. de 3.6.1878 y R. D. de 8.5.1884, y en materia de vías pecuarias el R. D. de 13.8.1892. Sobre legitimaciones de roturaciones arbitrarias en terrenos del Estado, cfr. el artículo 42 de la ley de presupuestos de 5.8.1893, y su desarrollo en el R. D. de 29.8.1893 y R. O. de 26.6.1896.

En el artículo 7.º de la *Ley de 10 de junio de 1897* se contienen las disposiciones pertinentes para facilitar la legitimación de la posesión viciosa sobre terrenos del Estado y de los pueblos, al establecer, entre otras cosas, que "los roturadores de terrenos del Estado o de propios y comunes de los pueblos que carezcan del título que autorizó la Ley de 6 de mayo de 1855 y el Real Decreto de 10 de julio de 1865, podrán legitimar la posesión sea cual fuere la extensión superficial de los expresados terrenos, siempre que los traigan normalmente en cultivo con diez años de anterioridad, imponiéndose a dichos poseedores, como precio de la legitimación, el canon del seis por ciento sobre el cuarenta por ciento del actual valor de los terrenos, cuyo canon será redimible a tenor de lo dispuesto en la Ley de 11 de julio de 1878 sobre una redención de censos desamortizados, fijándose el plazo de un año, a contar desde la publicación de esta Ley, para pedir la legitimación".

Para el cumplimiento de dicho artículo 7.º se dictaron el *Real Decreto de 25 de junio de 1897* y las *Reales Ordenes de 25 de junio, 27 de agosto y 28 de octubre del mismo citado año 1897.*

La *Real Orden de 31 de mayo de 1915,* acusando ya la alteración del mercado triguero internacional provocada por la guerra europea, posibilitó las roturaciones *temporales* en montes públicos, dehesas boyales y de aprovechamiento común:

> Art. 3. La roturación de los montes declarados de aprovechamiento común y las dehesas boyales será siempre la parcial resultante de utilizar el cultivo como medio para desarrollar un plan de mejora y regeneración de los pastos, además de no desatender en la proporción que las circunstancias demanden, las necesidades del ganado de labor y los usos vecinales, de manera que los expresados montes respondan más cumplidamente a los fines de su clasificación.
>
> Art. 5. Para la concesión definitiva de roturaciones... será preciso, respecto a los montes enajenables, que como resultado de la consulta a los Municipios, éstos acusen su conformidad... Tratándose de montes de aprovechamiento común y dehesas boyales, precisará el mismo requisito, en el que, además, se hará constar especialmente la renuncia temporal de los usuarios de los pastos a utilizar los correspondientes a la zona roturable y el informe favorable de las Juntas y Gremios de Labradores, o cualquiera Asociación agrícola legalmente constituida que exista en la localidad.

A *la legislación de la Dictadura* se debe el mayor esfuerzo realizado en España por regularizar las roturaciones arbitrarias, restableciendo

una seguridad jurídica que la expansión triguera experimentada en el decenio 1916-1926 (con el consiguiente aumento de superficies cultivadas sin escrúpulos dominicales ni agronómicos) había puesto en grave peligro. El Real Decreto de 1 de diciembre de 1923, y su Reglamento de 1 de febrero de 1924, pretendían acabar con las situaciones equívocas, posibilitando la legitimación de las roturaciones arbitrarias en terrenos del Estado y de propios y comunes de los pueblos. Habiendo introducido algunas modificaciones sobre este punto el Estatuto Municipal y su Reglamento de Hacienda, se dictó el Real Decreto-ley de 22 de diciembre de 1925 (28 ter) en el que se refundían las normas referentes a los bienes municipales, del que interesa recoger los siguientes preceptos:

> Art. 3. "Para ser considerado como poseedor ... y tener derecho a disfrutar del expresado beneficio, habrá de acreditarse la posesión previa y continua de dichos terrenos: *a)* Durante un año y un día respecto de extensiones que no excedan de tres hectáreas. *b)* Durante un año y un día, más otro año por cada hectárea de exceso sobre tres, respecto a extensiones mayores de tres hectáreas y en ningún caso mayores de diez. Los indicados plazos sólo podrán contarse hasta el día 1 de enero de 1926".
>
> Art. 4. "Los poseedores de terrenos a que se contraen los artículos anteriores no podrán acogerse al beneficio de la legitimación de que se trata en los siguientes casos: *a)* Cuando el terreno poseído no se haya destinado al cultivo agrario, a la formación de prados artificiales o arrozales, o a la repoblación forestal. *b)* Cuando las roturaciones interrumpan servidumbres de paso, fuentes o abrevaderos de interés público.
>
> Disposición transitoria: Los expedientes de legitimación actualmente en trámite se ajustarán a lo prevenido en este Real Decreto. En consecuencia, los de legitimación de roturaciones arbitrarias hechas en dehesas boyales o montes de aprovechamiento común en que el Estado no sea partícipe, serán devueltos a las Corporaciones municipales interesadas, para el acuerdo que proceda".

El Tribunal Supremo, interpretando esta legislación legitimadora, ha declarado reiteradamente que por referirse a la legitimación de una usurpación, aquélla sólo es posible cuando no existe título jurídico alguno que justifique la ocupación de los terrenos.

(28 ter) Real Decreto que GONZÁLEZ BERENGUER califica, indignado, como "la canonización de la ilegalidad" *(El patrimonio de las Corporaciones locales,* 1961, pág. 127).

Así la sentencia de 8.6.1929:

"Que dicho precepto no tiene aplicación en el presente caso, porque para que lo tuviera sería necesario que existiera una posesión falta de título y una roturación realizada como a modo de detentación, y por consiguiente, sin título que legitimar y, nada de ello sucede, puesto que del expediente resulta demostrado que los recurrentes roturaron los terrenos que les tocaron en suerte, con un verdadero contrato previo con el Ayuntamiento, a virtud del cual los que roturaron las parcelas para evitar la plaga de la langosta, motivo determinante de la resolución del Ayuntamiento, las poseían en precario, pudiendo cultivarlas sin pagar merced por un plazo de dos años; de todo lo cual se deduce que la posesión era legítima, tenía título, y que el Ayuntamiento no se desposeyó nunca de su carácter de dueño".

"Que también del expediente resulta que los hoy recurrentes no desconocieron nunca el carácter de la cesión en las condiciones indicadas anteriormente, reconocieron palmariamente el carácter de dueño y la propiedad del Ayuntamiento sobre dichas parcelas, al solicitar, como solicitaron del mismo, el arrendamiento de las mismas por ocho años y en las condiciones que las venían disfrutando, de donde se desprende lo que se fundamenta en la presente litis, o sea la existencia de un verdadero contrato entre el Ayuntamiento y sus vecinos, y por consiguiente, que la cesión que aquel les hizo tiene un verdadero título, no ha sido arbitraria y no precisándose legitimar la posesión dada en tales condiciones, por ser legítima desde el primer momento, no pueden aplicarse ni son de aplicación a la misma los preceptos del Real Decreto de 1923, a cuyo amparo sostienen el presente recurso".

Y en igual sentido posteriormente la de 20.5.1942:

"Que la legislación relativa a las roturaciones arbitrarias según expresa el preámbulo del Real Decreto de 1 de diciembre de 1923, que es básico en la materia, se funda en la necesidad de poner en cultivo la mayor extensión posible de nuestro suelo, y siendo insuficiente la cantidad de tierra de propiedad privada, el vecindario se ha visto en la necesidad de labrar y explotar terrenos baldíos, y el abandono de la acción oficial hizo que esas explotaciones se extendieran y consolidaran, esto es, que sólo podrán ser objeto de legitimación los bienes que estuvieron abandonados por las Corporaciones a quienes pertenecieran, que hizo que fueran explotados por personas que ningún derecho tenían para ello, y como en el caso de autos aparece justificado que en el año 1916 el Ayuntamiento ... hizo un reparto

de terrenos entre los vecinos para que los dedicaran a cultivos, llevándose a cabo la distribución por sorteo, siendo adjudicadas las parcelas entre las que se encuentran las que tratan de legitimar los recurrentes, que debían ser explotadas en labor y siembra y en usufructo, reservándose el Ayuntamiento la propiedad, es visto que no ha existido abandono ninguno por parte de la Corporación municipal, que sólo cedió una posesión temporal en concepto de usufructo, pero no en el de dueño, y por tanto no puede legitimarse una propiedad que nunca han tenido los recurrentes, como éstos pretenden, porque seria ir contra el espíritu y aun la letra de la Ley, ya que tampoco pueden alegar una ocupación caprichosa y arbitraria de los terrenos, que es lo que las disposiciones legales amparan, porque la ocupación de los repetidos terrenos fue hecha en virtud del reparto acordado por el Ayuntamiento".

Para los casos en que no fuera estimada la legitimación y tuviera lugar una incautación de los bienes ocupados, una resolución de la Dirección General de Propiedades y Contribución Territorial de fecha 21.8.1926, autorizó a los cultivadores el levantamiento de los frutos pendientes, por considerarlos como poseedores de buena fe con los derechos del artículo 453 del Código Civil.

La *Orden de 21 de marzo de 1932*, prohibiendo roturar las fincas destinadas a pastos, dice en su preámbulo que "el perjuicio que se ocasiona a la riqueza agropecuaria y, en general, a la economía nacional, pretendiendo poner en cultivo terrenos cuyo único aprovechamiento desde hace varios años ha sido el de los pastos, cosa que en modo alguno autorizan las disposiciones vigentes sobre laboreo forzoso, es de excepcional importancia y, por lo mismo, urge ponerle remedio adecuado, ya que no se debe olvidar que esa riqueza constituye la base de la vida nacional".

Asimismo, *en 20 de enero de 1935 se dictó un Decreto* en el que, entre otras cosas, se autoriza la legitimación de las roturaciones arbitrarias en montes catalogados, en las condiciones que en el mismo se determinan, justificando el contenido de sus preceptos de acuerdo con el siguiente Preámbulo que le sirve de encabezamiento: "Muchas son las causas económicas y sociales que han dado lugar a la penetración en los montes públicos de obreros y pequeños cultivadores que, atraídos por las promesas de una tierra virgen del arado, o la posibilidad de encontrar un medio de sustento, han acogido parcelas dentro de su perímetro para dedicarlas al cultivo agrario. Muchas son también las continuas peticiones de terrenos que constantemente recibe la Administración, y si de antiguo ha sido necesario legislar en la materia para salvaguardar el carácter protector de los montes

incluidos en el Catálogo, impidiendo a todo trance la apropiación por los roturadores de terrenos detentados, mucho más evidente aparece esta necesidad en la crisis de paro obrero que atravesamos y en la que el ansia de una mejor distribución de la tierra lleva a buscar ésta por doquiera, sea buena o mala, y sin considerar que en la mayor parte de los casos, la roturación de terrenos de bosque, agota en poco tiempo la fertilidad de un suelo impropio para el cultivo permanente, que acaba por esterilizarse y no rinde para el sustento del que lo labra".

IV. LOS BIENES COMUNALES Y LA REFORMA AGRARIA REPUBLICANA.

La reforma agraria de la Segunda República dedicó un especial interés al problema de los bienes comunales, como en general a todo lo que se refería al patrimonio municipal. En este sentido puede advertirse un curioso latido del espíritu que había informado el Estatuto Municipal; lo que, dada la fecha de aparición de la Ley de Bases (15 de septiembre de 1932), resulta más paradójico que en la Ley Municipal de 1935, producto de unos tiempos más templados.

En la *base sexta* ya se hace la natural reserva de que quedan exceptuados de la adjudicación temporal y de la expropiación "los bienes comunales pertenecientes a los pueblos... y las dehesas boyales de aprovechamiento comunal". Aquí se maneja, pues, una terminología tradicional.

La auténtica novedad empieza en la *base veinte*, en la que —y fundamentalmente a los efectos de recuperación que luego se analizarán— "se declaran bienes rústicos municipales las fincas o derechos reales impuestos sobre las mismas, cuya propiedad, posesión o aprovechamiento pertenezca a la colectividad de los vecinos de los Municipios, entidades locales menores, y a sus asociaciones y mancomunidades en todo el territorio nacional.

Estos bienes son inalienables. No serán susceptibles de ser gravados ni embargados, ni podrá alegarse contra ellos la prescripción. Los Ayuntamientos podrán adquirir en propiedad las fincas que consideren necesarias para crear o aumentar su patrimonio comunal" (29).

Obsérvese que aquí:

a) Se abandona la expresión ordinaria de bienes comunales (utilizada incluso en la base sexta y en la veintiuna) para emplear la de *bienes rústicos municipales,* como se dice al empezar esta base, o *patrimonio comunal,* como se dice al terminar. No parece muy elogiable el emplear tres términos diferentes en un mismo texto.

b) Son bienes tanto las fincas como los derechos reales impuestos sobre las mismas.

c) Es revolucionaria técnicamente y de una incalculable importancia dogmática la declaración de que *la propiedad puede pertenecer a la colectividad de los vecinos;* tema permanente sobre el que gira este libro. La posibilidad de que haya entidades propietarias de bienes comunales se recoge expresamente en la base siguiente.

d) Por lo demás, el resto del párrafo primero es de muy difícil inteligencia, debido a la ausencia de preposiciones. De una interpretación literal del texto se deduce que los sujetos posibles son: 1) la colectividad de vecinos de los municipios (y de) las entidades menores, y 2) las asociaciones

---

(29) Según Flores de Quiñones, "la base XX de la Ley de Reforma agraria intenta enriquecer de nuevo a las colectividades públicas, permitiéndolas reivindicar los bienes de que fueron inicuamente despojadas, unas veces merced al exagerado individualismo que imperó como axioma entre los legisladores del pasado siglo; otras, merced a la preponderancia que entre los juristas han tenido esas doctrinas, y la idea —aún no desechada por completo— de que institución que no hubiera sido regulada por el pueblo romano, es institución que no existe para el derecho y, en muchas ocasiones, por la dificultad con que los Ayuntamientos rurales defienden los derechos del Municipio, cuando al defenderlos pueden perjudicar los intereses privados de alguna persona influyente dentro de ellos" ("Comunidad o servidumbre de pastos", en *Revista de Derecho Privado,* 1933, pág. 161).

y mancomunidades (¿de vecinos?, ¿de Municipios?). Lo único claro es que no se considera entre ellos a los llamados bienes de propios.

e) Se hace la acostumbrada declaración de que no son susceptibles de enajenación, gravamen, embargo y prescripción.

f) Como recuerdo quizá de la antigua legislación desamortizadora, se admite expresamente la posibilidad de formación y aumento del patrimonio comunal.

La *base veintiuna* supone una extraña invasión de la Ley de Reforma Agraria en la materia municipal, ya que su materia para nada hace referencia al tema característico de la reforma agraria. Aquí se trata sencillamente de una regulación de los aprovechamientos comunales, como antes y después de 1932 ha venido realizándose en las leyes de régimen local:

> "El Instituto de Reforma Agraria, a propuesta de la entidad municipal y la Junta titular correspondiente, y previo informe de los servicios forestal y agronómico, resolverá si el aprovechamiento de los bienes comunales debe ser agrícola, forestal o mixto. En el aprovechamiento agrícola tendrá preferencia la forma de explotación en común. Cuando se parcele, los vecinos usuarios tendrán derecho solamente al disfrute de los productos principales, mediante el pago de un canon anual; los pastos, hierbas y rastrojeras serán siempre de aprovechamiento colectivo. En caso de subasta o arriendo de estos esquilmos, su producto neto ingresará en las arcas municipales. En todos los casos, el cultivo será siempre efectuado por el vecino y su familia directamente. Cuando el aprovechamiento de los bienes comunales sea de carácter forestal, la explotación se realizará en común y bajo la ordenación e inspección técnica de los servicios oficiales correspondientes. Los terrenos catalogados como de utilidad pública seguirán rigiéndose por la legislación especial del ramo en cuanto afecte a su explotación, defensa y mejora. Las entidades *dueñas de bienes comunales*, cuya riqueza forestal hubiera sido destruida o maltratada, tendrán la obligación de atender a la restauración arbórea de dichos bienes".

Ahora bien, el interés de la Ley de Reforma Agraria por el Patrimonio municipal no se detiene, como es lógico, en

unas simples declaraciones dogmáticas. Detrás de ellas, en el párrafo tercero de la *base veinte* se hace una declaración de orden muy diferente:

> "Las entidades antes mencionadas (Municipios, entidades locales menores, sus asociaciones y mancomunidades) podrán instar ante el Instituto de Reforma Agraria el rescate de aquellos bienes y derechos de que se consideren despojados, según datos ciertos o simplemente por testimonio de su antigua existencia. Para ello formularán la relación de los poseídos y perdidos, siguiendo la tramitación oportuna y acreditándose la propiedad a su favor. Los particulares ejercitarán su acción reivindicatoria actuando como demandantes. Si su derecho fuere declarado por los Tribunales, se les expropiará con arreglo a los preceptos de la Ley".

No es preciso recordar aquí el destino de la reforma agraria en la segunda República española, ni las causas de su fracaso y de su directa influencia en la guerra civil, tal como había anunciado el propio José Antonio PRIMO DE RIVERA (30). Sabido es que el quiebro electoral de 1933 instauró un Gobierno cuyo espíritu andaba muy lejos de los afanes reformadores del bienio anterior. La Ley de Bases, sin ser derogada formalmente, se convirtió en una simple referencia del Boletín Oficial de Estado, que apenas si nutría una oficina burocrática cuyo formidable aparato técnico agronómico no lograba disimular su ineficacia real.

Pero aún prescindiendo de ello, la Ley de Bases, por sí misma, llevaba ya todos los gérmenes del fracaso. Por lo que se refiere concretamente al punto que ahora nos interesa, consiste sencillamente en la expresión de una serie de buenos deseos que, por no instrumentarse con la debida técnica jurídica, se hacían irrealizables (31).

El párrafo tercero de la Base veinte, manejado con parcialidad, abría posibilidades infinitas de reforma. A su am-

---

(30) *Obras completas*, Ed. 1953, págs. 630 y sigs.

(31) Cfr. sobre este tema, que a tan escasos comentarios dio lugar, el polémico —aunque certero— librito de F. MERINO PÉREZ, *El rescate de bienes comunales*, 1933.

paro —y contando con una interpretación favorable del Instituto y una intervención tibia de los Tribunales— hubiera podido "recuperarse" más de la mitad de la superficie rústica de nuestra Patria. La consciente vaguedad de su redacción daba pie para ello, y fue concebida claramente como un atractivo para las masas campesinas. Ahora bien, cuando empezó a calar en los medios rurales la transcendencia de su significado, un cambio violento del criterio gubernamental yuguló su eficacia y el precepto quedó muerto para siempre.

La historia del rescate de los bienes comunales en este período es tan breve como curiosa. El 21 de enero de 1933 se decretó en Consejo de Ministros un texto articulado de la base veinte de la Ley. El Decreto apareció al día siguiente en la Gaceta, pero cuatro días después, el 26 de enero, volvía a reproducirse su texto —con modificaciones sustanciales— por "haberse padecido diversos errores materiales y de concepto al ser insertado en la Gaceta del día 22 de los corrientes". El Decreto, una vez rectificado, decía así:

Articulo 1. En el concepto de bienes rústicos municipales contenidos en el párrafo 1.º de la Base 20 de la Ley de la Reforma Agraria, queda incluido todo el Patrimonio rústico municipal, tanto los bienes llamados "de propios" como los "comunales" o del común de vecinos, ya pertenezcan en propiedad, posesión o aprovechamiento al Ayuntamiento o a la colectividad vecinal, y se hallen o no declarados como de utilidad pública.

Art. 2. Los Municipios podrán instar del Instituto de Reforma Agraria, conforme a lo dispuesto en la base de la Ley, el rescate de aquellos bienes y derechos de que se consideren despojados, según datos ciertos o simplemente por testimonio de su antigua existencia.

Art. 3. Se presumirá que hubo despojo, a los efectos del articulo anterior, cuando se trate:

1.º) De bienes vecinales o de aprovechamiento común que hubiesen sido enajenados, aun cuando para ello se les hubiere atribuido la calidad de bienes propios.

2.º) De bienes de propios que hubieran sido enajenados por el Estado o por los Ayuntamientos, sin las formalidades exigidas por las leyes vigentes en la fecha de la enajenación.

3.º) De bienes vecinales o de aprovechamiento común, y de los de propios que hubieren salido del Patrimonio municipal sin título escrito de enajenación.

... ...

Art. 9. Si la resolución del Instituto declarase la procedencia del rescate, se publicará, con la descripción de los bienes rescatados, en la *Gaceta de Madrid* y en el *Boletín Oficial* de la provincia en que los mismos radiquen.

Por el solo hecho de esta publicación se tendrá al Instituto por posesionado de los bienes.

Si en el plazo de tres meses, contados desde la fecha de la publicación, no se entabla la acción reivindicatoria civil ante los Tribunales competentes, el Instituto entregará los bienes rescatados a las entidades rescatantes.

Si en el expresado plazo de tres meses entablaren los interesados la acción reivindicatoria, podrá el Instituto de Reforma Agraria, a instancia de las entidades rescatantes, entregar a éstas la posesión interina de las fincas rescatadas, siempre que previamente afiancen el importe de los frutos pendientes que existan en las mismas.

Art. 11. Si la resolución del Instituto declarase improcedente el rescate, no se publicará en los periódicos oficiales, y las entidades que lo hubieran instado podrán hacer uso de los derechos de que se crean asistidas ante los Tribunales ordinarios.

Art. 12. Si la resolución del Instituto declarase no proceder el rescate de bienes comprendidos en los últimos casos del artículo 3.º, las entidades reclamantes que ejerciten su acción ante los Tribunales ordinarios deberán impugnar expresamente en la demanda la apreciación del Instituto sobre la legalidad de la enajenación (32).

... ...

(32) En la *Gaceta* del día 22 este artículo decía así: "Si la resolución del Instituto declarase no proceder el rescate sin la previa indemnización del valor de los bienes, por tratarse del caso a que se refiere el penúltimo párrafo del art. 3.º de este Decreto, tampoco se publicará en los periódicos oficiales, y no entrará el Instituto en

Art. 16. Cuantas incidencia se promuevan en la tramitación de los expedientes de rescate a que se contrae este Decreto, serán resueltas por la Dirección General de Reforma Agraria (33).

Marcelino DOMINGO —Ministro encargado de llevar a cabo la Reforma Agraria, y que no era ni campesino ni abogado— hizo observar en una frase feliz que la Ley de Reforma Agraria no se había hecho para lucro de los abogados, sino para beneficio de los campesinos. Tal fue sin duda la intención del legislador, pero es seguro que, de no haberse derogado rápidamente el (los) decreto (s) que se comenta, hubiera sido a los jueces a quienes hubiera correspondido la tarea más voluminosa en los expedientes de recuperación de bienes municipales. La puesta en práctica del Decreto de 21 de enero de 1933 auguraba infinidad de pleitos.

Sin embargo, la técnica jurídico-procesal que en él se maneja no deja de ser ingeniosa y supone una amplia protección de los derechos individuales, que sus detractores no llegaron a comprender.

El procedimiento de rescate comprende dos fases: una administrativa, en la que el Instituto de Reforma Agraria, con intervención de las partes y sujeción a minuciosas formas judiciales, resuelve sobre la procedencia del rescate y, en su caso, atribuye la posesión a la entidad mediante la simple publicación de una descripción de los bienes de que se trate en la "Gaceta de Madrid" y en el "Boletín Oficial" de la provincia en que los mismos radiquen.

Contra este acuerdo no cabe recurso contencioso-administrativo; pero —y aquí entramos en la segunda fase del procedimiento— el interesado puede acudir a los Tribunales

---

posesión de los bienes ni podrá entregarlos a las entidades rescatantes, mientras no se satisfaga a las personas interesadas las indemnizaciones procedentes con arreglo a la base 8.ª de la Ley de Reforma Agraria".

(33) Este artículo no aparece en la primera versión. Como se ve, las "rectificaciones" son de cierta importancia.

ordinarios para hacer valer sus derechos. MERINO PÉREZ —obsesionado por la expresión de acción reivindicatoria que maneja el Decreto respecto a los propietarios— ve en esta fórmula un "simple derecho de pataleo del propietario", observación tan inexacta como poco elegante (34). Más bien se trata de un simple control de resoluciones administrativas, que por un escrúpulo —en rigor no necesario (35), pero desde luego útil— se encomienda no a los Tribunales contencioso-administrativos, como sería lo normal, sino a los ordinarios. Lo cual constituye, pues, una supergarantía, y no una negación, de los principios jurídico-procesales. La mención expresa que se hace de la acción reivindicatoria no constituye ningún argumento en contra de lo que se ha dicho, es más, supone un encaje correcto y nada forzado, dado que la posesión corresponde ya a la entidad local (36), y la acción reivindicatoria es, en pura ortodoxia, la acción del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.

Esta tesis nuestra de que la intervención de los Tribunales ordinarios se articula como una técnica de control jurisdiccional de carácter extraordinario, y no como una carga para los propietarios, se comprueba al examinar el artículo 11, donde el que acude al Juez es el Ente local y no el propietario, precisamente porque la pretensión de aquél ha sido desestimada por la Administración.

El mecanismo del Decreto es excesivamente rudimentario, al estar dominado por unas ideas algo simplistas, que

(34) Ob. cit., pág. 74.

(35) Puesto que no se trata de declaraciones de propiedad en sentido estricto, sino de "declaraciones de procedencia de rescate", que no aparejan necesariamente la pérdida de la propiedad, sino que, por lo común, habilitan sencillamente una nueva posibilidad de expropiación, no comprendida en la base 5.ª.

(36) En esta posesión —y no en el resto del procedimiento— es donde hay que ver una actuación administrativa exorbitante, que podría justificarse, además, por el principio de ejecutividad de los actos administrativos, no suponiendo —como no supone— una expropiación, la cual, en su caso, vendría luego. Lo exorbitado es aquí únicamente que la expropiación no va precedida del previo pago, lo cual es, desde luego. muy grave.

pueden esquematizarse así: Partiendo del hecho de que el Patrimonio municipal ha sido reducido de una manera abusiva, se posibilita el rescate de los bienes que han salido de él en forma ilegal; ahora bien, teniendo en cuenta que esta ilegalidad formal no ha sido con frecuencia suficiente para evitar la aparición de un derecho dominical a favor del adquirente, cuando así haya sucedido, de lo que se trata es de una auténtica expropiación de ese derecho, con su subsiguiente —por excepción no previa— indemnización.

En resumen, se engloban, pues, en este Decreto, cinco técnicas jurídicas muy diferentes:

1) La recuperación administrativa de bienes usurpados *de facto* por los particulares, que no se sujeta al plazo de año y día, y que se encomienda no a la propia Corporación, sino al Instituto de Reforma Agraria.

2) La declaración de nulidad de determinadas enajenaciones.

3) La anulación de algunas otras.

4) La rescisión de transmisiones válidamente realizadas. Tal es el caso del número 1 del artículo 3.°. Aquí el vicio procede de la propia Administración, a la que se libera del principio general de que los vicios no pueden ser alegados por quien los ha provocado (37).

5) La expropiación de derechos dominicales válidamente constituidos y no susceptibles de rescisión. El caso típico es el de las propiedades adquiridas por usucapión.

El resultado del análisis nos demuestra que, en sustancia, no se trata de ninguna arbitrariedad administrativa; pero,

(37) Sin que tampoco pueda aplicarse la teoría de la "menor edad" de las Corporaciones locales, ya que la mayor parte de las enajenaciones de la época desamortizadora fueron realizadas por el Estado. Forzando bastante el argumento, podría, sin embargo, invocarse esta teoría en cuanto el Municipio no supo hacer valer en su día la excepción de aprovechamiento común prevista en la Ley de 1855.

por otro lado, que el procedimiento escogido, sin estas aclaraciones, parece ciertamente confuso y no necesario, puesto que a la postre en los casos de enjundia jurídica son los Tribunales los que han de decidir, y en tales supuestos existen ya las acciones y los trámites procesales correspondientes.

El objetivo del Decreto había sido dar facilidades a la reconstrucción del Patrimonio municipal, y en tal sentido no pudo llegar más lejos. Precisamente en su misma amplitud hay que ver la causa de su fracaso, porque los verdaderos perjudicados con estos rescates no eran los propietarios —como creyeron en su día las clases conservadoras—, ya que la indemnización los convertía en una simple expropiación, sino el Estado, que era quien se había enriquecido con las ventas desamortizadoras. Aunque ni la Ley ni el Decreto dicen nada, en los casos ordinarios de nulidad, anulación y rescisión, la devolución había de corresponder a quien hubiera recibido el precio y, como es sabido, es el Estado quien había percibido el veinte por ciento del mismo.

Tales argumentos debieron hacerse valer por el Ministro de Hacienda en el siguiente Consejo de Ministros, porque el 8 de febrero se decretaba la derogación del Decreto de 21 de enero, "habiéndose producido por parte del Ministerio de Hacienda reclamaciones respecto a algunos aspectos del rescate" (38).

---

(38) Por cierto, que en el preámbulo del Decreto de febrero se hace referencia a que ya *está últimado* y hay intención de someter a un *próximo* Consejo de Ministros "un proyecto en el que íntegramente se regulan, no sólo el rescate de los bienes comunales, sino los restantes problemas referentes a esta clase de bienes, cómo son los de su ordenación, aprovechamiento, tributación, etc.". Parece algo exagerado lo de la ultimación de este proyecto; pero, sea como sea, los vientos políticos habían de aventar una vez más estos trabajos, y al llegar el turno de 1935, en el ir y venir de los bienes comunales sólo aparecen unos breves artículos, que no hacen suponer una relación con los trabajos realizados en el Ministerio de Agricultura.

También es de recordar aquí que muchos años después, y en circunstancias políticas muy distintas se ha vuelto a insistir sobre el tema. La conclusión doce de la IV Asamblea de las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos afirma que "se considera de suma urgencia el que se promulgue una ley sobre patrimonios comunales que permita recoger, bajo la persona moral de los Municipios, aquellas pérdidas de terreno que originó la acción desamortizadora".

V. LA MODERNA FORMULACION DEL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA.

1. Ya hemos señalado que frente al hecho de las usurpaciones de bienes comunales caben, en principio, dos reacciones por parte de la Administración: la legitimación de la usurpación o mantenimiento del particular en su posesión, por un lado, y la recuperación por la Administración, por otro. En las páginas anteriores se ha descrito una evolución normativa histórica que fue el resultado de un planteamiento casuístico del tema: frente a la anormalidad que supone una usurpación de bienes públicos, el ordenamiento ha ido arbitrando medios también excepcionales: reivindicaciones a ultranza (ilusorios por su misma ambición) o reconocimiento jurídico de los hechos, posibilitando legitimaciones *en situaciones concretas*.

La legislación moderna, por el contrario, con una técnica mucho más avanzada, plantea la cuestión en términos generales, como es lo correcto, renunciando a su tratamiento excepcional o de casos concretos. De aquí que los mecanismos jurídicos de reacción administrativa frente a las usurpaciones de bienes municipales se integren en dos instituciones genéricas del Derecho Administrativo: a saber, la legitimación en la usucapión; y la recuperación en el principio de autotutela.

De la usucapión —en cuanto figura genérica aplicable, pero no identificada con los supuestos de legitimación— ya nos hemos ocupado en capítulos anteriores. Seguidamente vamos a analizar la técnica de la recuperación que, como queda dicho, se integra en el principio, más general, de la autotutela administrativa, cuyos contornos, aunque no determinados definitivamente, se van precisando a medida que se procede a una depuración de los viejos principios de la

ejecutoriedad de los actos administrativos y de la acción de oficio.

2. En la versión doctrinal más moderna, para García de Enterría (39) el principio de autotutela se nos ofrece como un privilegio de la Administración, de naturaleza y función básica, puesto que en él se reconducen una serie de principios que antes parecían inconexos: concretamente el de ejecutoriedad de los actos administrativos, el de la acción de oficio, el de la exclusión o exención de los Tribunales en el ámbito en que se produce y, por último, el de la limitación de los poderes de los Tribunales contenciosos a una revisión *ex post facto* de la actuación administrativa.

A los efectos que aquí nos interesa, "mientras que un particular que quisiese hacer efectivo un derecho del que fuese titular necesitaría, en primer lugar, obtener del Tribunal competente la declaración judicial de reconocimiento del derecho controvertido y, en segundo lugar, acudir igualmente al Tribunal competente para que inicie el correspondiente procedimiento ejecutivo sobre el patrimonio del deudor; en cambio, la Administración pública aparece investida de los poderes necesarios para realizar por sí misma la autotutela de sus derechos y para ello: primero, declara por sí misma cuál es su derecho, de dónde el carácter obligatorio de los actos administrativos; segundo, procede a ejecutar por sus propios medios —y, en su caso, contra la voluntad de los obligados— lo que previamente ha declarado" (40).

Una rigurosa aplicación de este principio hubiera supuesto, en consecuencia, la posibilidad por parte de la Administración de recuperar por sí misma los bienes indebidamente ocupados; pero, como vamos a ver, ésto no ha sido posible en términos absolutos, y la Administración ha tenido que acudir

(39) Una reciente exposición de su pensamiento puede encontrarse en los *Apuntes de Derecho Administrativo*, Curso 1962-63, policopiados por el S. E. U. de Madrid conforme a sus explicaciones de clase (Lecciones 12 y 13).

(40) Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 1958, pág. 496.

en ocasiones a solicitar la protección de los Tribunales, como si se tratara de un simple particular, sin poder hacer uso de sus especiales privilegios, al menos en un buen número de supuestos.

El principio de autotutela administrativa encuentra su primera expresión legal *formulado negativamente*, cuando se prohibe a los particulares el ejercicio de las acciones interdictales (41) frente a las providencias de las Corporaciones locales dictadas dentro del límite de sus facultades (42).

A partir de entonces, esta disposición encontraría acogida en las leyes sucesivas de régimen local (43) hasta desembocar en el artículo 403, 2 de la LRL (44).

---

(41) A CLAVERO se debe en la doctrina la concepción moderna de la facultad de recuperación administrativa de los bienes de las Corporaciones locales como institución paralela al interdicto de recobrar la posesión en el derecho privado. Cfr. *La recuperación administrativa...*, cit.; si bien con anterioridad ya se le había considerado en algunos dictámenes del Consejo de Estado como un *interdictum propium*. Cfr. el Apéndice a la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos Estudios...*, ya citada. Recuérdese también que el artículo 11 de la vigente Ley de Montes impide el ejercicio en contra de la Administración de la acción especial determinada en el art. 41 de la Ley Hipotecaria.

(42) Así la R. O. de 8 de mayo de 1839: "Para evitar que las providencias gubernativas dictadas por los Ayuntamientos y las Diputaciones provinciales, dentro del límite de sus facultades, puedan anularse, recurriendo a la autoridad judicial para pedir amparo en la posesión o restitución por el que se diga despojado y a fin de que no se produzcan con este motivo los graves y perjudiciales conflictos que más de una vez han tenido lugar entre las autoridades judiciales y las administrativas... las disposiciones y providencias que dicten los Ayuntamientos, y en su caso las Diputaciones provinciales, en los negocios que pertenecen a sus atribuciones según las leyes, forman estado y deben llevarse a efecto sin que los Tribunales admitan contra ellas los interdictos posesorios de manutención o restitución". Es curiosa esta limitación del principio a los entes locales; la primera formulación *legal* referida a la Administración del Estado tardaría más de *cien años* en aparecer.

(43) Artículo 89 de la Ley Municipal de 1877, art. 259 del Estatuto de 1924 y art. 221 de la Ley Municipal de 1935.

(44) "No se admitirán interdictos contra las providencias administrativas de las autoridades o Corporaciones locales en materia de competencia". En el ámbito de la Administración del Estado, aunque referido a materia de aguas, aparece el principio en el art. 252 de la Ley de Aguas de 1879. Con carácter general no se formula hasta el art. 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Es-

La *formulación positiva* del principio aparece por primera vez en la R.O. de 10 de mayo de 1884, aunque limitada al plazo de año y día:

"Considerando que es un principio general de Derecho consignado en la Constitución del Estado y aplicado constantemente por los Tribunales, el que nadie puede ser privado de la posesión en que se halle sin ser oído y vencido en juicio, ejecutando un acto de fuerza el que, sin obtener una sentencia judicial, aunque tenga título de propiedad, toma la posesión que otro disfruta. Considerando que por excepción, una constante jurisprudencia, fundada en razones de interés común, concede a la Administración del Estado la facultad de recobrar por sí misma la posesión de sus bienes, con tal que la usurpación sea reciente o de fácil comprobación (45). Considerando que semejante facultad... sólo debe durar hasta que la usurpación alcance por el lapso de tiempo una sanción legal, y ese límite es el término que la Ley señala para que sea respetada la posesión interina, que es el de un año con arreglo a lo que dispone el artículo 1.658 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Considerando que no debe ser menos de un año el plazo dentro del cual la Administración puede ejercer dicha facultad, porque de otro modo, no llenaría cumplidamente su objeto, y no hay por otra parte razón alguna para limitarla, ni puede tampoco exceder de ese tiempo porque

---

tado y, posteriormente, en el art. 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Sobre la excepción al principio cuando la Administración actúa en "vías de hecho", cfr. el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa, y García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, 1954, págs. 103 y sigs. Forzosamente ha de quedar aquí sin tocar un punto capital, verdadera *crux* de las cuestiones de competencia. Admitiendo la exención jurisdiccional de una determinada esfera administrativa, ¿a quién corresponde determinar la existencia de esa esfera? Más sencillamente expresado, ¿basta con la simple alegación de la Administración de que se trata de bienes de dominio público para que deban inhibirse los particulares?, ¿o se exige una prueba más cumplida? Cfr. el D. de 29.7.1950 y su comentario por González Pérez en la *Revista de Administración Pública*, núm. 3, 1950, págs. 283-285.

(45) La jurisprudencia tradicional vendría a exigir luego unánimemente la concurrencia simultánea de ambos requisitos. Por excepción, el R. D. de 9.4.1887 ofrece una simple alternativa, al reconocer que "si bien el presente caso *la usurpación no es reciente, es, sin embargo, de fácil comprobación*, puesto que el Ayuntamiento ha tenido presentes los límites fijados a los lotes vendidos por el Estado y adquiridos después por el Ayuntamiento, y la información de personas prácticas en el terreno, aparte de una inspección ocular del mismo por una Comisión del Ayuntamiento, todo lo cual da a la Administración medios fáciles de comprobación".

pasado el año ha ganado el usurpador legalmente la posesión interina, y no puede ser privado de ella, sino mediante la ación oportuna y en el juicio correspondiente... en el término de un año, a contar desde el acto de usurpación, puede la Administración recobrar por sí misma la posesión de sus bienes, pasado el cual, deberá acudir a los Tribunales ordinarios ejercitando la acción correspondiente" (46).

El principio de que los Ayuntamientos pueden y deben reivindicar por sí las usurpaciones de bienes y derechos del Municipio que sean recientes —y se entiende por tales las que no se han consolidado por el transcurso de un año y un día— ha sido reiteradamente declarado por la jurisprudencia (ss. 27.3.1897; 22.11.1899; 28.1.1908; 16.1.1911; 17.3.1903; 30.7.1912; 9.2.1912; 1.7.1914; RR.DD. decisorios de competencias de 7.7.1880; 10.10.1900; 9.1.1901; 25.5.1901; 19.2.1906; 23.3.1906; 16.12.1908; 28.8.1909; 28.8.1910; 7.9.1910; 3.10.1910; 24.3.1911; 9.2.1912; 30.4.1913; 16.11.1906; 7.3.1908 y 3.10.1908, entre otros muchos).

No obstante, son de señalar dos excepciones al plazo del año:

a) Por un lado, la sentencia de 31.1-4.2.1895, que invocando una doctrina bastante confusa, afirma que:

"el acuerdo mandando destruir ciertas boqueras o caballones construidos para beneficiar con ciertas aguas determinadas fincas, interrumpiendo y destruyendo en parte caminos rurales, y públicos, y otros pasos... *fue procedente aún cuando hubiera transcurrdo más de un año* desde que el paso se interrumpió o entorpeció, pues la circunstancia de ser discontinuas las aguas que corrían por las boqueras y la de no tratarse de rei-

(46) Alguna jurisprudencia aislada entendería luego que esta formulación positiva podía considerarse comprendida en el texto de la legislación municipal ordinaria (que nosotros hemos considerado como formulación negativa). Así la sentencia de 2.5.1912: "Que está atribuida a la competencia exclusiva de los Ayuntamientos, y por virtud del artículo 72, núm. 3 de la Ley Municipal, la conservación de todas las fincas, bienes y derechos pertenecientes al Municipio y por extensión, la facultad privilegiada de reivindicarlos por actos y acuerdos propios, sin necesidad de solicitar al efecto el amparo de los Tribunales de Justicia, facultad de excepción ampliada a la Administración en general por Real Orden de 10.5.1884.

vindicaciones de propiedades o derechos del común de vecinos detentados u obscurecidos, ya que no se ha puesto en duda la existencia de caminos y servidumbres, hace que no sean de apreciar las fechas en que se hubieren realizando las obras por los particulares para que el Ayuntamiento estuviera obligado a entablar su acción ante los Tribunales, y para que dejara de proceder por la vía pronta y ejecutiva".

b) Por otro lado, otras resoluciones (RR.DD. 15.1.1906 y 22.5.1907) entienden que, *aún sin haber transcurrido el año y día, procede el interdicto* contra la Administración, si la actividad de ésta consiste, en el fondo, en una expropiación, que pretende realizarse sin los requisitos de ésta. Aquí se trata, pues, de una correcta aplicación de la doctrina de defensa contra las vías de hecho, a que más arriba se ha aludido.

La formulación positiva del principio se encuentra hoy en el artículo 404 LRL: "Las Entidades locales podrán recuperar por sí mismas los bienes de su pertenencia que se hallaren indebidamente en posesión de los particulares, durante plazo que no exceda de un año" (47).

3. La R.O. de 1884 alega razones de *técnica civilista* para justificar la limitación temporal del ejercicio de la autotutela administrativa. De manera muy conforme con las ideas jurídicas, y aún políticas de la época, de donde se parte es de

(47) El artículo 334 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones locales añade, además, que transcurrido este plazo "habrán de ejercitar las acciones judiciales que procedan para recuperarlos". Principio técnicamente obvio, que había sido ya reiterado por la jurisprudencia (ss. 31.5.1903; 6.6.1903; 22.11.1904 y 23.11.1899). Por lo que se refiere a los bienes patrimoniales del Estado, el núm. 1 de la base 5.ª de la Ley del Patrimonio del Estado de 24.12.1962 ha venido, al fin, a declarar esta facultad a la Administración del Estado. En la legislación forestal (de la que nos ocuparemos luego con más detalle) el principio está recogido en el art. 10 de la Ley: "La inclusión de un monte en el Catálogo otorgará la presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del Estado, o por la Entidad pública a cuyo nombre figure, sin que esta posesión pueda ser combatida ante los Tribunales de Justicia por medio de interdictos o de procedimientos especiales. Uno y otra serán mantenidos en la posesión y asistidos para la recuperación de sus montes por los Gobernadores civiles en todos los casos".

los derechos individuales, y precisamente la consolidación de uno de estos derechos, el posesorio, es lo que constituye un límite frente al actuar administrativo. La argumentación viene a ser, casi literalmente, la siguiente: Si a nadie se puede despojar sin juicio de su posesión, el que lo haga la Administración supone un régimen excepcional; pero la excepcionalidad no puede llegar a tanto que afecte a derechos reconocidos por las leyes, ya que sobre los mismos los únicos que pueden disponer son los Tribunales; es así que el hecho de la posesión mantenida durante un año y un día, es ya un derecho reconocido por las leyes, luego la Administración no puede intervenir en la misma.

A este respecto, la dogmática moderna del Derecho Administrativo maneja una técnica muy diferente (48). Ya se ha aludido a que no se parte de los derechos civiles del particular, sino de la facultad de autotutela de la Administración. Según ésto, las decisiones administrativas se *presumen* lícitas, y en cuanto tales pueden imponerse a los ciudadanos (privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos que, con carácter general, ha sido sancionado por el artículo 101 de la Ley de Procedimiento administrativo) mientras no medie una declaración jurisdiccional que, rompiendo la presunción, demuestre lo contrario. De aquí precisamente la inoperatividad de los interdictos en este campo: el interdicto se

(48) Una vez más se pone aquí de manifiesto la cesura que separa la Administración moderna de la Administración de la segunda mitad del siglo pasado, mientras que resalta el parentesco espiritual de los administrativistas de hoy con los de hace cien años. La razón pudiera encontrarse, apurando los argumentos de GARCÍA DE ENTERRÍA ("Los orígenes de la Administración", en *La Administración española,* 1961, págs. 23 y sigs.), en un parentesco generacional entre los administrativistas de 1950 y de 1840, animados todos de "una espléndida pasión de Gobierno, «singularizados» por ese espíritu tenso, que luego enfriarán los administrativistas posteriores, trabajando ordinariamente desde la palestra de la abogacía". El legislador municipal de 1955, *igual que el de 1839,* prohibe la acción interdictal de los particulares pensando en la eficacia de la actividad administrativa. El legislador de 1884, cuyo espíritu no es el de un administrador, sino el de un abogado, restringe la actividad administrativa recuperadora pensando en los derechos civiles de los particulares: Dos perspectivas distintas, pues, de una misma solución.

refiere por definición a presunciones —a la presunción posesoria— y en esta materia si media una declaración administrativa en tal sentido, no cabe discusión sobre presunciones, porque éstas actúan en favor de la Administración. La discusión hay que plantearla, pues, en otro plano, y prescindiendo del interdicto, o de las presunciones, hay que pasar a la existencia de los derechos y, por tanto, a los procesos ordinarios.

Hasta aquí la teoría no ofrece quiebra; pero aún está sin explicar la razón de que la autotutela sólo puede hacerse efectiva durante un año. Para la teoría civilista de la Real Orden de 1884 la cuestión se resolvía limpiamente al remitirse a la doctrina civil que sólo concede amplios efectos jurídicos a la posesión consolidada durante un año y un día. En el Derecho Administrativo esta razón no es por sí suficiente, ya que el principio de autotutela no está condicionado necesariamente por la existencia de los derechos de los ciudadanos que se le opongan; es más, les da por supuestos y su eficacia estriba precisamente en que les doblega mientras no actúen los Tribunales en su defensa.

Concretamente ¿porqué se ha establecido una limitación de un año respecto de ciertos bienes, que no existe respecto de otros, de los del dominio público (en los que, como vamos a ver, la recuperación administrativa puede tener lugar aun después de haber transcurrido el año)?

Intentando responder a esta pregunta se han dado dos explicaciones de índole muy diferente:

a) Para el Derecho Administrativo del siglo XIX el fenómeno se justificaba muy sencillamente mediante la distinción entre el actuar de la Administración como poder público y como persona privada. Tratándose de bienes de dominio público *y de aprovechamiento común* se consideraba que la Administración actuaba como poder y, por tanto, no sujeta a las reglas posesorias civiles que consolidan la posesión con el transcurso de un año. Por el contrario, tratándose de bienes de propios, se consideraba que la Administración actuaba

como persona jurídica (privada) desprovista de toda clase de prerrogativas y sujeta, por tanto, ineludiblemente a los derechos posesorios consolidados del usurpados. La R. O. de 1839 tenía a la vista la actividad administrativa de poder; por ello no establecía ninguna limitación de tiempo. Pero, en cambio, no era aplicable a los bienes patrimoniales (entre los que *no* se encontraban las comunales) (49).

Esta es la doctrina que con toda justeza desarrolla el R.D. de competencias de 14.2.1869. En él se contempla un caso en el que la Administración habia procedido a un deslinde de bienes de propios, desalojando a un usurpador que se encontraba en su posesión desde hacía años. Habiendo interpuesto este interdicto de recobrar, se planteó una cuestión de competencia, sosteniendo el Gobernador civil la de la Administración al amparo de la R.O. de 1839. Pero se resolvió a favor de la Autoridad judicial, admitiéndose por consiguiente la vía interdictal, considerando que

> las atribuciones de la Administración para decretar el deslinde y amojonamiento de los terrenos de aprovechamiento común (campo de la R. O. de 1839) no son extensivas a los bienes de propios, en los cuales tienen los Ayuntamientos la consideración de personalidad jurídica (privada);
>
> En tal concepto la providencia del Gobernador de A. no puede suponerse dictada en el ejercicio de atribuciones legítimas (que es la condición exigida en la R. O. para impedir la acción interdictal), porque refiriéndose a bienes de propios alteró e innovó por sólo su autoridad el estado posesorio preexistente.

El R.D. de 1884, al formular positivamente el principio, olvidó la precisión de esta doctrina y, deslumbrado por la reiteración con que la jurisprudencia venía exigiendo el dato de la usurpación reciente, señaló con carácter general el plazo del año, sin parar mientes en la "distinta personalidad"

(49) Durante el siglo XIX, la R. O. de 1839 y, en general, la teoría de la Administración actuando como poder respecto de sus bienes, fue considerada como excepcional. De aquí que no se aceptase, sin más, que la protección demanial pudiera exceder del año.

con que actuaba la Administración en uno y otro caso, según que se tratase de bienes de aprovechamiento común o de propios.

b) Arrumbada la vieja distinción de la doble personalidad de la Administración, el Consejo de Estado en el dictamen de la consulta 5.127 de 14.12.1949 (50), sin desprenderse del todo de estas resonancias clásicas, ha apuntado una nueva tesis, para cuyo conocimiento es imprescindible —y suficiente— su transcripción:

> Tales principios (el privilegio de la decisión ejecutoria) explican, justifican y miden la potestad administrativa respecto a los actos de deslinde de los bienes públicos. En el cuidado de estos bienes, en cuanto interesantes a la utilidad pública, a cuya formal afectación deben su misma cualidad de dominio público (art. 339 del Código civil), *la Administración actúa investida de prerrogativas* de poder, entre las cuales es importante la que acaba de definirse. De aquí que en el deslinde de tales bienes la Administración pueda resolver unilateralmente y hacer efectiva por acción de oficio esta resolución.
>
> Interesa destacar tal potestad de la normalmente definida como "acción directa" por nuestra doctrina clásica por lo que hace a las cuestiones posesorias ordinarias. En efecto, en este orden la Administración no precisa la protección interdictal del juez contra las inquietaciones posesorias de sus bienes patrimoniales, pues por sí misma y usando su propia coacción puede defender la posesión de que disfruta. Se trata en este caso de una autotutela administrativa limitada al solo campo del *ius possessionis;* la autotutela posesoria administrativa tiene por eso los mismos límites de la tutela posesoria interdictal ordinaria, contraida también al supuesto expreso del *ius possessionis* dimanante del *factum possessionis* (art. 446 del Código civil); de aquí que tradicionalmente hayan venido requiriéndose para esta autotutela administrativa *(interdictum propium)* los mismos requisitos que condicionan la tutela interdictal del juez: hecho de la posesión propia y usurpación reciente no sobrepasante del término del año y día...

---

(50) Transcrito y sumariamente comentado en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos Estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo,* 1955, apéndice II.

Por lo que hace a la potestad de autodefinición administrativa de la existencia, extensión y derechos del dominio público, la cuestión es muy distinta: no se trata de una simple protección posesoria que en todo caso la Administración tiene por su facultad de policía de la pública utilidad que, como se ha dicho, está ínsita en el mismo concepto del dominio público; no es un *ius possessionis* lo que la Administración autodefine en los actos de deslinde de bienes demaniales, sino, mucho más, un *ius possidendi* dimanante, no ya del simple hecho de la posesión propia, sino del derecho de una titularidad dominical material; no es así un problema interdictal, de mera ocupación posesoria, sino una cuestión de *ius vindicatio;* se trata de una verdadera auto-reivindicación dominical, en el propio sentido del artículo 348 del Código civil y, por tanto, no determinada por condiciones posesorias, sino por el propio derecho material que se afirma.

Tal facultad se funda —ya se ha enunciado— en la misma exigencia de la utilidad pública, cuya actualización penetra toda la institución del dominio público. La Administración es principalmente gestor autorizado de la utilidad pública. El poder que otorga a la Administración su supremacía en la relación jurídica administrativa se funda en la propia superioridad de la utilidad pública *(bonum commune),* que ella representa sobre el bien particular del súbdito. En la gestión del dominio público la Administración vela por la utilidad pública a la cual inmediatamente los bienes de esta calidad, y por esta calidad, están afectados; en la gestión del dominio público, por ende, la Administración interviene con su cortejo de prerrogativas, y entre ellas, la esencial de la "ejecutoriedad" de sus decisiones resolutorias, de la "declaración previa" a todo conocimiento judicial. No es el caso de la gestión de administración respecto de los bienes patrimoniales, que, en cuanto tales, y como no interesantes a la utilidad pública, institucionalmente están al nivel de los propios bienes de los súbditos y, por ende, en el comercio jurídico común. De aquí que respecto de ellos no exista normalmente la facultad de la "declaración previa", respecto al derecho material cuando éste se encuentra con pretensiones contrarias, y si sólo la simple facultad de autotutela posesoria, explicada ya simplemente en la calidad de la coacción administrativa, que, por diferencia de la coacción particular, es una coación legitima.

VI. ESPECIALIDADES RECUPERATORIAS EN LA LEGISLACION LOCAL Y EN LA LEGISLACION FORESTAL.

En orden a las facultades recuperatorias de las Entidades locales sobre los bienes comunales, nuestro ordenamiento (50 bis) distingue —incongruentemente— según se trate, o no, de montes.

A) *Bienes comunales que son montes.*

Esta variedad —que es cuantitativa y cualitativamente la más importante— deberá, por lo pronto, incluirse en el Catálogo de Montes, según dispone el artículo 4, 2 LM.:

> Los terrenos rústicos de índole forestal que de hecho vengan aprovechándose consuetudinariamente por los vecinos de una localidad, se incluirán en el Catálogo de Montes, en favor de la Entidad local, cuyo núcleo de población venga realizando los aprovechamientos...

Con la consecuencia de que

> La inclusión de un monte en el Catálogo otorgará la presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del Estado, o por la Entidad pública a cuyo nombre figure, sin que esta posesión pueda ser combatida ante los Tribunales de Justicia por medio de interdictos o de procedimientos especiales. Uno y otra serán mantenidos en la posesión y asistidos por la recuperación de sus montes por los Gobernadores civiles en todos los casos (artículo 10 LM y 66, 67 y 68 del Reglamento).

(50 bis) Para un estudio *de lega ferenda* sobre el tema de la recuperación de los bienes municipales, cfr. las interesantes propuestas —no todas igualmente viables— que hace GONZÁLEZ BERENGUER para una posible "reforma legislativa" en el capítulo IX de su libro sobre *El patrimonio...*, cit., págs. 155 y sigs.

Lo cual significa que:

1) La entidad local "asistida incluso por el Gobernador civil" (si es que éste no lo realiza directamente), puede recuperar por sí misma, y en todo tiempo, los montes usurpados.

2) Frente a esta recuperación directa no cabe a los usurpadores en ningún caso la acción interdictal (o procedimientos hipotecarios especiales): ni antes del año de la ocupación, ni entre el año y los treinta años, y ni siquiera después de los treinta años.

Los dos primeros supuestos no precisan de mayor explicación. En cuanto al tercero, quizá parezca que entra en contradicción con el artículo 14, b) LM (y 212, 1 RM), que disponen que los montes públicos catalogados de propiedad patrimonial prescriben por la posesión de treinta años. Pero es que, aún sin discutir ésto, los derechos del usucapiente sólo podrán ser ejercitados por las vías procesales ordinarias, debido en primer lugar a la terminante dicción del artículo 10, que no admite salvedades ni distingos de ninguna clase, y en segundo lugar, a que los interdictos son juicios posesorios mientras que la prescripción se refiere a un derecho. Desde el momento en que se acredite en el proceso interdictal que la parcela litigiosa se encuentra catalogada, queda *presumida* la posesión administrativa. El *hecho* de la posesión real superior a los treinta años debe ventilarse en un juicio pleno (51).

(51) Hay, sin embargo, antiguas decisiones de competencias (como los RR. DD. de 20.5.1897 y 15.6.1898) que admiten la procedencia del interdicto cuando la Administración, en su intervención, ha desconocido una posesión de treinta años. El Tribunal Supremo no es unánime en ese punto. En GUAITA *(Régimen jurídico-administrativo...*, cit., págs. 63 y sigs. y 92 y sigs.) puede verse un abundante repertorio de sentencias que limitan la recuperación administrativa, en unos casos, al año de la usurpación y, en otros casos, a los treinta años. No obstante, aun en este último supuesto, se confunden dos cuestiones muy diferentes: la posibilidad de la prescripción al cabo de treinta años de posesión (lo que es indudable) y la vía procesal de hacer efectivo el derecho de propiedad así adquirido. Conforme a nuestra tesis, no se niega el derecho de propiedad del particular usucapiente, pero se afirma que tal derecho ha de ser ejercido ante los Tribunales ordinarios en un juicio plenario, ya que *mientras el monte siga catalogado* opera una presunción posesoria a favor de la Administración.

B) *Otros bienes comunales.*

No siendo aplicable la legislación de montes, nada nos dice expresamente la legislación local en punto a las facultades de los municipios para recuperar por si mismos sus bienes comunales.

El artículo 404, al repetir una fórmula ya consagrada, dejó sin resolver un problema que venía arrastrándose de antiguo, a saber, si las reconocidas facultades recuperatorias de las Entidades locales se extendían a toda clase de bienes (puesto que no se hacía en el precepto ninguna salvedad) o sólo a alguna clase de ellos, y en qué medida.

Aunque la doctrina, alertada desde 1950, sostuvo la necesidad de matizar dentro del artículo 404, según se tratase de bienes de dominio público o patrimoniales, sosteniendo, en líneas generales, que la limitación del año sólo operaba respecto de los bienes patrimoniales, pero que respecto de los de dominio público podía la Administración recuperarles en todo tiempo (52), la jurisprudencia, fiel a una vieja tradición, iniciada ya con anterioridad a 1884 (53) y reforzada luego por la famosa R. O. de aquella fecha (54), se atuvo a

---

(52) Primero fue RODRÍGUEZ MORO (*La ejecutividad del acto administrativo,* 1948, pág. 167) y luego, con más detalle, GARCÍA DE ENTERRÍA, en su citada obra, *Dos estudios*..., y CLAVERO ARÉVALO, "La recuperación administrativa de los bienes de las Corporaciones locales", en *Revista de Administración Pública,* núm. 16, 1955, págs. 117 y sigs. Cfr. también MARQUÉS CARBO, *El Derecho local*..., I, 1957, página 450; BERMEJO GIRONÉS, "Bienes municipales", en la *N. E. J. S.*, III, 1951, pág. 400; ABELLA, *Régimen local,* 1951, pág. 569, y ALVAREZ GENDÍN, "El dominio público, su fundamento y naturaleza jurídica", en *Estudios en homenaje a Gascón y Marín,* 1952, págs. 261 y sigs.

(53) RR. OO. de 17.4.1874, 9.2 y 31.12.1876, 27.11.1877, 15.7.1878, 30.10.1879 y 7.7.1880.

(54) Sentencias de 2.11.1888, 15.1.1891, 30.5 y 1.12.1892, 24.1 y 16.2.1893, 1.5 y 25.7.1894, 6.4 y 20.11.1896, 19.2.1897, 4.4.1898, 30.6, 23.11 y 22.12.1899, 23.6.1900, 30.5 y 6.6.1903, 22.11.1904, 11.2.1907, 28.1.1908, 16 y 31.1, 28.2 y 3.4.1911, 31.1, 25.5 y 5.10.1912, 1.7.1914, 2.9, 1 y 31.12.1919, 1.4.1932, 30.9.1933, 5.2.1936, 28.5.1947, y en el mismo sentido las decisiones de competencias: RR. DD. 19.1.1882, 12.2, 26.5 y 19.2.1889, 2.8.1892, 9.11.1895, 27.9.1889, 30.1 y 10.11.1900, 22.6.1910 y 8.2.1912. Una excelente sistematización de esta jurispru-

la letra del artículo 404 LRL, y siguió limitando al plazo de un año las facultades recuperatorias municipales, lo mismo si se referían a bienes patrimoniales, como de dominio público o comunales (55).

En este estado de cosas, el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 27.5.1955, haciéndose eco del problema planteado por la doctrina, determinó un régimen jurídico distinto para los bienes de dominio público y para los patrimoniales.

> *Art. 55.* 1. Las Corporaciones locales podrán recobrar por sí la tenencia de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo.
>
> 2. Cuando se tratare de bienes patrimoniales, el plazo para recobrarlos, será de un año, a contar del día siguiente a la fecha en que se hubiere producido la usurpación, y transcurrido ese tiempo procederá la acción correspondiente ante los Tribunales ordinarios.
>
> 3. En lo que concierne a los montes patrimoniales, se estará a lo dispuesto en la legislación especial.

De esta forma queda resuelta, aparentemente, la cuestión de una manera definitiva, ya que, aunque no se citan expresamente los bienes comunales, éstos, de conformidad con el artículo 183 son bienes patrimoniales, y en su consecuencia quedan sometidos al régimen del párrafo 2. Pero sólo aparentemente porque, teniendo en cuenta que si, según se ha dicho, para un gran sector de la doctrina los bienes co-

---

dencia se encuentra en la tesis (inédita) de ARANDA NAVARRO, *Los bienes comunales*, 1962. Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

(55) Asi, el R. D. 22.11.1952, establece "que la prohibición general de interdictos contra las providencias de las Corporaciones locales en materia de su competencia y la posibilidad contraria de ejercitar acciones contra ellas cuando lesionen derechos de carácter civil... hacen que la solución de la cuestión suscitada dependa de si el Ayuntamiento obró o no dentro de su esfera de competencia, la cual viene determinada en su caso por el artículo 404 (LRL), y para que las entidades locales puedan recobrar por sí mismas los bienes de su pertenencia que se hallasen indebidamente en posesión de los particulares, exige que esta posesión no exceda de un año".

munales, no obstante la terminología legal, son bienes de dominio público, la consecuencia habría de ser la aplicación del párrafo primero, y no del segundo, es decir, la no limitación del plazo de la recuperación. Para nosotros, sin embargo, que hemos rechazado la premisa, no puede ser admisible la conclusión.

No obstante, aún quedan argumentos para defender la posibilidad de recuperación en todo tiempo de los bienes comunales, aun sin considerarlos como de dominio público. La base para ello vendría ofrecida por su condición de imprescriptibles (art. 188 LRL).

Argumentos de este carácter se manejan en la sentencia de 8.4.1959:

> Los bienes comunales no pueden ser poseídos a título de dueño por los vecinos del Municipio a que pertenecen, los cuales sólo pueden ejercitar actos de simple aprovechamiento o disfrute, o sea que esta tenencia natural sólo circunscribe poder a los vecinos sobre tales bienes, en cuanto a las ventajas económicas que les reportan, pero que está muy lejos de encubrir un verdadero estado posesorio civil, por faltar el "animus" o sea la intención de poseer en concepto de dueño, y..., al no poder ser poseídos los bienes comunales a título de dueño por los distintos vecinos, es lógico que las entidades mismas puedan recobrar por sí mismas tales bienes... y como el vecino que los disfruta, a lo sumo lo hace en nombre del único propietario, que es la Corporación municipal, y resulta indicutido que lo ostenta por representación a nombre de otro, y que por consiguiente no posee en nombre propio, y a serlo así no puede jamás adquirir el dominio por prescripción (56)

(56) Pero bien claro está que, no obstante la similitud terminológica, la doctrina de esta sentencia no puede ser aplicada al problema planteado en el texto, puesto que se refiere a la posesión de los vecinos, en cuanto tales, sobre los bienes comunales, es decir, a una investigación de su *animus* o calidad con que estaban poseyendo: si *uti singuli* o *uti cives*, y el Tribunal se inclina por esta última solución. Lo cual no prejuzga (es más, *a sensu contrario* la afirma) la posibilidad de una posesión de extraños e incluso de vecinos, *uti singuli*. cuando así se deduzca claramente de los hechos.

y, sobre todo, han sido analizados por CLAVERO al sostener (antes del Reglamento de Bienes) la recuperación cronológicamente ilimitada de los bienes de dominio público, que, al igual que los comunales, son imprescriptibles.

Los razonamientos de este autor pueden resumirse así (57): Se trata de saber si la limitación de año y día implica una prescripción, en cuyo caso sería incompatible con la imprescriptibilidad que caracteriza a los bienes de dominio público (y comunales). Esto es en principio admisible, pero desde luego, no seguro, ya que la prescripción puede interrumpirse (por ejemplo, mediante la denuncia de la perturbación por parte del propietario), mientras que la recuperación directa está sometida a un plazo inexcusable: un año a partir de la perturbación.

Pues bien, si no se trata de una prescripción, no surge la incompatibilidad indicada, y la circunstancia de que los bienes comunales sean imprescriptibles, no es obstáculo para la limitación de año y día (58).

También es de tener en cuenta, por último, el impedimento que podría suponer la afectación. Pero desde el momento en que se admiten en el Reglamento de Bienes las desafectaciones tácitas, tampoco puede concederse un valor positivo a este argumento (59).

El resultado es que los bienes comunales no montes, no pueden ser recuperados directamente por las Corporaciones

(57) *La recuperación...*, cit., págs. 126-128.

(58) En el mismo lugar, págs. 128-130, también se pondera a estos efectos el significado de encontrarse estos bienes fuera del comercio; pero tampoco se llega por este camino a resultados convincentes.

(59) En GARCÍA DE ENTERRÍA, "La imprescriptibilidad del dominio público", en *Dos estudios sobre la usucapión...*, cit., se ponen de manifiesto las íntimas relaciones que median entre la posesión usurpatoria de los particulares, la prescripción y la desafectación. Téngase presente, por otro lado, que la doctrina del Consejo de Estado y de la jurisprudencia sobre competencias, citada páginas atrás, que sostenían la posibilidad de recuperación en todo tiempo de los bienes de dominio público, son íntegramente aplicables a los bienes comunales. No obstante, por respeto a la letra del Reglamento de Bienes, insistimos en la tesis negativa que se expone en el texto.

locales más que durante el primer año de la usurpación, pasado el cual, deben acudir a los Tribunales ordinarios solicitando su protección. En otro caso, puede el particular poseedor reaccionar interdictalmente, ya que la extremada sensibilidad de este mecanismo le hace ponerse en marcha en cualquier supuesto de perturbación posesoria, mientras no haya un precepto legal que lo impida. Y como para los bienes comunales no existe un precepto semejante al que privilegia en tal sentido a los bienes de dominio público, ha de admitirse la vía interdictal, aún cuando haya graves razones que apoyen la solución contraria. Pero mientras tales razones no encuentren una expresión legal, no cabe otra interpretación, por lo mismo que el Tribunal Supremo adoptó idéntica postura respecto del demanio mientras no se consagró en el Reglamento de Bienes su régimen especial de recuperación.

A la misma conclusión ha llegado la doctrina dominante: GONZÁLEZ-BERENGUER (60), GARRIDO FALLA (61) y ARANDA NAVARRO (62).

VII. RECUPERACION ADMINISTRATIVA DIRECTA

1. A) *Sujeto.*

Su ejercicio corresponde, por principio, a los Ayuntamientos (63), lo que significa que no corresponde ni a los Alcal-

(60) En "La teoría del dominio público y el patrimonio municipal", en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 107, 1959, página 689 y, con algunos retoques, en *El Patrimonio de las Corporaciones locales*, 1961, pág. 48.

(61) En *Tratado de Derecho administrativo*, II, 1960, pág. 490.

(62) En su tesis inédita, ya citada.

(63) Artículos 6, 121 J) y 125 c) LRL, y 122, núm. 4 del Reglamento de Organización de 1952. Es un principio constante en nuestra legislación municipalista y jurisprudencial, por lo que no parece preciso insistir en ello.

des (64) ni a los Gobernadores civiles (65) ni a los Tribunales (66).

B) *Trámites.*

ARANDA NAVARRO (67) ha descrito minuciosamente las siguientes fases que comprende una correcta vía administrativa de recuperación:

---

(64) Cfr. BERMEJO GIRONÉS, "Bienes municipales", en *NEJS*, III, 1951, págs. 401 y 402. No obstante, ARANDA NAVARRO, en una interesante tesis doctoral (inédita) sobre *Los bienes comunales*, 1962, entiende que el Alcalde puede arrogarse esta facultad para el caso que del seno de la propia Corporación no resulte acuerdo favorable a la recuperación.

(65) Siempre que no se trate de bienes forestales. Así en el presente caso: previo expediente incoado en el Gobierno civil de Alicante dispuso el Gobernador que el vecino de A. que había tendido una cadena en cierto camino vecinal, quitase aquel obstáculo y restableciese la libertad de tránsito. Confirmada por R. O. la providencia del Gobernador, el T. S. (sentencia de 1.7.1914) la anula "ya que la R. O. reclamada... es, en sustancia, un acto de custodia y conservación de derecho posesorio del pueblo de A. y, por tanto, ni el expediente que motivó dichas resoluciones ha podido iniciarse en el Gobierno civil, ni conocer éste del mismo, resolviendo en primera instancia reintegrar a aquél en el paso del camino..., porque ésa era la función propia del Ayuntamiento, sin perjuicio de conocer en su día, con sujeción a las prescripciones legales que rigen la materia, ni tampoco debió conocer en alzada el Ministerio de la Gobernación".

(66) Según el R. D. de 20.5.1885, corresponde a los Ayuntamientos velar por la guarda y conservación de los bienes y derechos de los pueblos, sin que puedan renunciar a este deber, y el desentenderse de él no da competencia a la autoridad judicial para conocer el asunto, aun cuando se someta a ella en la vía de interdicto. Sobre el uso por los Ayuntamientos de la vía interdictal, CLAVERO, *La recuperación...*, cit. Este mismo autor ha abierto nuevas perspectivas en su reciente trabajo "El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto" (en *Revista de Administración Pública*, 1963, núm. 42, págs. 217 y sigs.), desarrollando una idea introducida por nosotros para el Derecho español en "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo" (en el núm. 37, 1962, de la misma Revista, págs. 75 y sigs.).

(67) En el último capítulo de su tesis doctoral, de la que tomamos el texto siguiente. Véase también MORENO PÁEZ, "Reivindicación del patrimonio municipal" en *Revista de Estudios de la Vida Local*, número 85, 1957, págs. 677 y sigs., y, mejor aún, su tesis doctoral inédita, *Aportaciones para el estudio de un régimen jurídico de protección de los bienes de propiedad de las entidades municipales*, 1954. Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

1) La iniciativa recuperadora puede partir tanto de la Corporación propietaria de los bienes usurpados o de alguno de sus agentes, como de cualquier vecino-cabeza de familia del Municipio o Entidad local menor. Permite esta solución el artículo 279, b) del Reglamento de Organización.

2) Respecto de la concurrencia en el procedimiento de Dictámenes o Informes, el autor que seguimos opina que de ninguno de los preceptos de la ley, ni de sus Reglamentos se deduce la necesidad de Dictamen del Secretario de la Corporación y, en este sentido, su posible falta no supone un obstáculo procesal en la eficacia definitiva del expediente, ya que, dados los términos en que está redactado el artículo 286 del Reglamento de Organización, que se refiere a esta circunstancia, no se deduce otra cosa que un amplio criterio de discrecionalidad en cuanto a la necesidad.

Mayor problema se plantea en cuanto al Informe de Letrado, a pesar de que la claridad con que se manifiesta la ley en este sentido parece alejar toda duda. Dice así el artículo 370:

> Las Corporaciones locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos. El acuerdo correspondiente deberá ir precedido del Dictamen de un Letrado.

Esta claridad es, sin embargo, aparente, pues las dudas comienzan cuando se trata de interpretar el alcance de la expresión que obliga a las Corporaciones Locales a ejercitar las acciones necesarias en defensa de sus bienes. Para ABELLA la exigencia contenida en el artículo transcrito se refiere únicamente al ejercicio de acciones judiciales, pero no administrativas, en las que "en ningún modo es necesario el requisito del Dictamen" (68); opinión que contradice MORENO PÁEZ, para quien el expediente reivindicatorio debe obligatoriamente ir precedido de un Dictamen (69), que sigue ARANDA NAVARRO,

---

(68) Ob. cit., pág. 570.

(69) *Reivindicación...*, cit., pág. 705, y anteriormente, "La fe pú-

ya que, a su juicio, el artículo 370 está pensado para toda clase de acciones, no solamente las judiciales, sino también las administrativas que, en realidad, tienen el mismo carácter que aquéllas, desde del punto de vista procedimental.

3) Lo que sí es inexcusable es que la adopción de estas particularidades, tenga lugar en el seno del Ayuntamiento o Junta vecinal, conforme al régimen normal de formación de los mismos sin que para ello sea preciso el *quorum* especial del artículo 303 LRL. Como quiera que los acuerdos de los órganos colegiados se toman por mayoría de votos, el problema que pudiera plantearse es el relativo al supuesto de que, con arreglo a este sistema, resultara la votación contraria a la recuperación. En este caso es muy posible que el Alcalde —así opina el autor que seguimos— pasando sobre ello, ordene la misma, pudiendo también exigirlo, entonces, cualquier vecino-cabeza de familia (70) sin perjuicio, por supuesto, de la responsabilidad a que aquella conducta pudiera dar lugar.

4) También es requisito indispensable el cumplimiento del trámite de "audiencia del interesado". Aunque de forma indirecta, así lo viene a entender el artículo 281 de la ley cuando dice que "la exposición al público, anuncios, información, audiencia de los interesados... y demás garantías jurídicas del procedimiento, se sujetarán a las condiciones y plazos establecidos". Y es que, en efecto, la audiencia al interesado o usurpador es una consecuencia del principio general de derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

5) Una vez cumplidos y completados los anteriores trámites se procederá a la resolución del expediente, por acuerdo, según queda dicho, del Ayuntamiento o de la Junta vecinal, teniendo en cuenta que, en este último caso, el acuerdo de

---

blica en los contratos y subastas de las Corporaciones locales", en *Revista general del Derecho*, noviembre 1951.

(70) En contra, BERMEJO GIRONÉS, *Bienes...*, cit., pág. 402.

la misma deberá ser ratificado por el Ayuntamiento respectivo y, en los dos, llevar el refrendo del Alcalde.

Finalmente el acuerdo adoptado se notificará a los interesados con todas las formalidades señaladas por la ley, para lo que habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 401 LRL y, en su defecto, al 79 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo.

6) Llegados a la ejecución de lo decidido en el expediente, o a la corrección fulminante de la perturbación reciente, el Presidente —tal como explica GONZÁLEZ BERENGUER (70 bis)— puede: proceder a la incautación material de los terrenos usurpados colocando nuevos signos de delimitación, ordenar la demolición de obras, mandar que se retire todo lo colocado por los usurpadores y, en general, disponer que desaparezca todo lo que altere al estado posesorio, volviendo éste a la situación anterior.

En cuanto al problema de los frutos, teniendo en cuenta que ha sido derogado el R. D. de 8.5.1884 (que regulaba esta materia tratándose de montes), habrá de aplicarse con carácter general el criterio de la buena o mala fe de los artículos 451 y siguientes del Código civil.

2. Especial atención merece la sentencia de 19.5.1960 (sala 4.ª).

Habiendo decidido un Ayuntamiento proceder a la "reorganización de los aprovechamientos comunales" prohibió a los vecinos con carácter provisional la entrada en los montes. Algunos vecinos recurrieron por entender que el Ayuntamiento había procedido a una recuperación directa de sus bienes sin atenerse a los plazos limitados del artículo 404 LRL, y el Tribunal Supremo desestimó su pretensión considerando que

> "la cuestión suscitada por la pretensión de los actores se centra en la interpretación del artículo 404 de la Ley de Régi-

(70 bis) *El patrimonio...*, cit., pág. 67.

men Local, según el cual las Entidades locales podrán recobrar por sí mismas los bienes de su pertenencia que se hallasen indebidamente en posesión de particulares, durante plazo que no exceda de un año, siendo así que es mucho más prolongada la tenencia de los bienes por los hoy recurrentes; pero es de notar que ni el carácter, alcance y finalidad de la decisión municipal aquí impugnada, se acomodan a las circunstancias en las que el citado artículo limita al plazo de un año la posibilidad de recuperación aludida: primero, porque tal artículo no puede se aplicable a hipótesis, en la que la tenencia de los bienes por particulares no puede calificarse exacta y plenamente de indebida, en el sentido de tener como causa única originaria un acto de usurpación, sino que arranca de una concesión municipal de aprovechamiento, situaciones éstas para las cuales, y no obstante el artículo 404 de la ley —ya que a él no se opone—, el artículo 107 del Reglamento de Bienes, señala expresamente para la cesación de tales ocupaciones la posibilidad de llevarla a efecto el Ayuntamiento por vía administrativa, sin aquel límite cronológico; segundo, porque el Ayuntamiento de P. no se propuso en el acto administrativo impugnado recuperar unos bienes, pues no estima que los ha perdido, sino proceder a un reajuste de los detalles de unas normas de aprovechamientos...; tercero, porque no puede prevalecer frente a lo expuesto, la tesis de los apelantes de que el Ayuntamiento reconozca que la posesión de los mismos no deriva de la concesión municipal de aprovechamientos de bienes comunales, sino que es la manifestación de su cualidad de verdaderos propietarios; pues —dejando aparte el derecho que tengan a demostrarlo ante la jurisdicción ordinaria, competente para enjuiciar y decidir tales cuestiones— la prueba aquí aportada, acertadamente apreciada y valorada por la sentencia del Tribunal *a quo,* pretendiendo justificar tal aseveración, no es bastante para enervar ni la posesión derivada de la titulación inscrita a favor del Ayuntamiento, ni la existencia de la distribución por lotes de aprovechamiento...”

De la interesante doctrina aquí desarrollada deben subrayarse estos tres puntos:

a) No se excluye la aplicación del artículo 404 a los bienes comunales. A sensu contrario podría, pues, incluso deducirse que sobre los mismos no pesa la limitación del año, puesto que si así fuese, hubiese sido aprovechado este argumento por el Tribunal para reforzar su posición. Pero como

se trataría, en su caso, de un simple *obiter dicta,* tal posibilidad, aunque no desdeñable, no debe ser considerada como un argumento decisivo —y ni siquiera de gran peso— en favor de la tesis.

b) El artículo 404 ó, si se quiere, la recuperación administrativa en sentido estricto sólo se refiere a auténticas usurpaciones sin título y no a posesiones basadas en un título derivado del propio accionante.

c) Pero la afirmación doctrinal que tiene más trascendencia es la tercera. Los vecinos poseedores habían alegado ser propietarios de las parcelas. En estas condiciones parece que debería tratarse de una cuestión de propiedad correspondiente a los Tribunales ordinarios. Pero como el Municipio actor alega también su condición de propietario, y sin llegar a discutirla, sólo reivindica la posesión, el Tribunal decide ventilar sólo este último punto, dejando a salvo los derechos dominicales que pueda corresponder conocer a los Tribunales ordinarios. La sentencia es, pues, muy audaz. Tal como habían planteado la cuestión los demandados, alegando una propiedad, parecía inevitable que el Tribunal se hubiera abstenido de conocer, remitiéndose a la jurisdicción ordinaria. Y, sin embargo, no lo hace. ¿Se trata de una extralimitación jurisdiccional? En principio parece que sí, puesto que sin perjuicio de las reservas que se hacen, es innegable que se valoran y califican derechos dominicales, para inclinarse, a la postre, y dar preferencia al del Ayuntamiento, lo que parece incompatible con la jurisdicción contencioso-administrativa.

A nuestro modo de ver, la explicación dogmática es la siguiente: Admitiendo que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para decidir cuestiones posesorias, hay que entender que de esto se trataba en el presente caso, pues en lo que el Municipio funda su acción no es en el derecho de propiedad sino en la posesión, es decir, en un *ius possidendi* y no en un simple *ius possessionis* (que no tenía). No hay que olvidar que, como ha señalado GARCÍA DE ENTE-

RRÍA (71) los juicios posesorios no son propiamente aquellos en que se pide la posesión, sino aquellos cuyo título de pedir es la posesión. Y tal es este caso, pues el Ayuntamiento se basa en su *ius possidendi.*

En este sentido es correcta y elogiable la sentencia en cuestión, y muy significativa en cuanto a la actitud de la jurisprudencia contencioso-administrativa, que parece ir afirmando cada vez más el ámbito de su competencia, frente a la rígida separación de jurisdicciones que hasta hace unos pocos años predominaba y de la que se servían sin escrúpulos las partes para acumular excepciones de incompetencias de jurisdicción y alargar y encarecer sin límites los litigios.

Un desarrollo sistemático de esta delimitación de competencias hace también la sentencia de 17 de octubre de 1959, en la que se insiste —como no podía ser menos— en que las facultades de la Administración se restringen al ámbito posesorio:

> En cuanto a lo que constituye el fondo de la cuestión debatida en este pleito, es principio reiterado en múltiples disposiciones de la legalidad de Montes la distinción entre la propiedad y la posesión, con la atribución del fallo de los conflictos sobre la primera a los Tribunales ordinarios, y asignando en cambio a la Administración la declaración de todo lo relativo a las situaciones de posesión, principio normativo de distribución de competencias que vale, no sólo para el dominio, sino respecto de los demás derechos reales, como el de servidumbre de pastos objeto de la reclamación de la Junta Vecinal de Vejo; servidumbre sobre cuya pertenencia, como derecho, a esta entidad local juzgarán y fallarán los Tribunales ordinarios en definitiva; pero que, en cuanto hecho o situación efectiva de tenencia y ejercicio, corre a cargo de la Administración y está, por de pronto recogida y reflejada en el Catálogo; lo cual significa que frente a la inscripción en éste del Monte de que se trata sin la servidumbre que reclama la Junta Vecinal de Vejo, solamente pueden prevalecer, o el fallo de un Tribunal ordinario que declare la existencia legal de tal derecho de servidumbre en favor de Vejo —que, na-

(71) *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo,* 1955, pág. 186.

turalmente, habrá de conseguirse en pleito civil—, o bien la demostración de que tal servidumbre se está ejerciendo de hecho, de un modo efectivo, por la entidad citada y que, por tanto, no respondiendo el Catálogo a la realidad la Administración debe reconocerlo así y modificar la inscripción que figura en éste, la cual, mientras la demostración no se haga, acreditará la posesión a favor de Llánaves sin el mencionado gravamen real.

Que de lo apuntado se infiere que es acertado y correcto el criterio de la Administración en este caso al prescindir —dejándolo para la jurisdicción ordinaria— de analizar la validez y eficacia de la escritura de transación y concordia de 5 de mayo de 1801, documento que a pesar de su fecha de hace más de siglo y medio, no se aportó cuando tuvo lugar la inscripción en el Catálogo y que, en todo caso, servirá para acreditar ante los Tribunales competentes, que son los civiles, la existencia del derecho real de que se trata, pero que nada dice ni supone respecto a quien o quienes están en la actualidad ejercitando las actividades y facultades, contenido de la servidumbre, que es lo único que la Administración puede reconocer por sí; por lo que es preciso el declarar jurídicamente bien fundado este aspecto inhibitorio de la Orden ministerial recurrida con el reconocimiento, expresamente formulado en el final de la misma "de los derechos de carácter civil que puedan corresponder al pueblo de Vejo".

3. Esta distinción entre cuestiones dominicales y posesorias, atribuyéndose a la Administración la resolución de estas últimas con independencia de las primeras, termina conduciendo al resultado de que la Administración mantenga y sostenga sus derechos posesorios al margen de las reclamaciones y derechos dominicales de los particulares, que se remiten a la jurisdicción ordinaria. Esto ya se ha visto en la sentencia anterior, y más aún en la de 4.7.1955, en la que el Tribunal Supremo declara la obligación del Ayuntamiento de mantener la posesión de los vecinos en un monte comunal, incluso frente a quien se considera propietario sobre la base de títulos inscritos en el Registro de la Propiedad, y al que se priva de su posesión mediante una recuperación administrativa directa de los bienes, ya que encomendada a los Municipios por el artículo 101 LRL y múltiples disposicio-

nes legales que regulan el patrimonio municipal y especialmente el régimen de sus montes, la conservación, vigilancia y rescate de los mismos, es obligación primordial de los Ayuntamientos, tratándose de montes incluidos en el catálogo, tomar las medidas y providencias indispensables para conservar el estado posesorio de aquellos que la simple inclusión en el catálogo otorga, sin perjuicio de que la persona que tenga u ostente título de propiedad o de posesión contradictorio, formule... la reclamación gubernativa previa y después las acciones de propiedad o posesión ante la jurisdicción ordinaria.

VIII. LA ACCION JUDICIAL

Como acaba de verse, la recuperación administrativa directa de los bienes comunales sólo puede tener lugar dentro de unos límites muy concretos. Fuera de ellos, las Corporaciones deben abandonar su "cortejo de prerrogativas" y solicitar de los Tribunales la protección de sus derechos. La recuperación de los bienes se expresa ahora en los cauces procesales de una acción reivindicatoria.

El problema más importante sobre esta materia es el que se refiere a la titularidad de esta acción: ¿quiénes están legitimados para su ejercicio: el Ayuntamiento o los vecinos? Recuérdese que sobre los bienes comunales recaen simultáneamente los derechos de unos y otros, tal como se explicó en el capítulo VI. Esta peculiaridad ha de irnos iluminando en el desarrollo del tema.

La *posibilidad* de que esta acción corresponda al Ayuntamiento no ofrece duda a la vista del artículo 101, 2 *b)* LRL y concordantes. ¿Pero habrá de ser así *necesariamente* o podrá ser también ejercitada por los vecinos interesados?

1. La cuestión —nada clara— ha sido objeto de una amplia jurisprudencia, *negativa en líneas generales.*

a) Con anterioridad a la Ley Municipal de 1877:

Sentencia de 29.10.1874:

En 1851 algunos vecinos del lugar de Santianes, del Concejo de Pravia (Oviedo), decidieron iniciar una petición administrativa de exclusión de la desamortización de ciertos montes de aprovechamiento comunal. Agotada la vía administrativa, el Tribunal Supremo declaró improcedente la via contenciosa.

Considerando que antes de la publicación de la Ley municipal de 1870, tampoco tenían personalidad jurídica los vecinos de una localidad para recurrir a los Tribunales en demanda de sus derechos, cuando los creían vulnerados por resoluciones administrativas, y así lo evidencia la Ley de Ayuntamientos de 8.1.1845 en su artículo 76, párrafo 10, que confería a los alcaldes la facultad de representar en juicio al pueblo o distrito municipal, y la de 21 de octubre de 1868, en sus artículos 51 y 74, puesto que por el primero se exigía la aprobación de la Diputación Provincial, para que fuera ejecutorio el acuerdo del Ayuntamiento para la promoción de un pleito, previo el dictamen de dos Letrados, y por el segundo era un concejal que nombraba dicha Corporación a principio de cada año el encargado de representarle en los juicios pendientes o que fuera necesario entablar en defensa de sus intereses.

Considerando que la constante jurisprudencia del Consejo de Estado y de este Tribunal Supremo, establecida en repetidas sentencias, a las que sirvieron de fundamento las precitadas disposiciones en pleitos, sobre excepción de venta de bienes calificados por los pueblos de aprovechamiento común, ha consignado la doctrina de que *a los Ayuntamientos y no a los vecinos de por sí, corresponde ejercitar el derecho de reclamar que aquellos sean exceptuados de la desamortización.*

La sentencia de 12.12.1871 se expresa en los mismos términos para un supuesto similar referido a los vecinos de Carcabuey (Córdoba), si bien admitiendo que los recurrentes, junto con los demás vecinos, "puedan exigir la responsabilidad de su Ayuntamiento, si éste hubiese abandonado sin razón la defensa de los intereses procomunales".

b) En vigor la *ley municipal de 1877*, la jurisprudencia insistió en esta actitud, invocando sus artículos 171 y 169.

Así el Auto de 5.12.1902:

El derecho que el artículo 171 de la Ley municipal concede a cualquiera, sea o no residente en el pueblo, para alzarse contra los acuerdos de los Ayuntamientos, hay que subordinarlo a lo que dispone el útimo párrafo de artículo 169 de la propia Ley; de suerte que sólo puede el ciudadano, sea o no residente en la localidad, ejercitar aquel derecho cuando los acuerdos de las corporaciones municipales se han dictado con incompetencia o cuando perjudican a los intereses o son peligrosos para el orden público...

El propio artículo 171 de la Ley municipal exige, además, para que el particular reclamante pueda ejercitar su derecho, que se crea perjudicado por la ejecución del acuerdo, y es jurisprudencia constante de esta jurisdicción la de que, si bien contra los acuerdos tomados por los Ayuntamientos se concede el recurso de alzada, sea o no residente en el pueblo el que se crea perjudicado por la ejecución de aquella, es evidente que la misma latitud con que este recurso se concede no estando encaminada, como no puede estarlo, a otorgar a los ciudadanos una representación y defensa de los intereses generales que no les corresponde, implica la necesidad, para que el recurso prospere, de que el perjuicio por que se crea agravado quien le utilice, resulte demostrado en definitiva como un perjuicio real y efectivo de los intereses particulares del mismo; de modo que *no demostrándose el perjuicio, es infundada toda reclamación y, por lo tanto, no cabe entrar a examinar la cuestión de fondo,* sino que lo único procedente es reputar la resolución consentida y firme como si nadie la hubiera reclamado (72).

---

(72) El auto de 6.3.1908 adopta un criterio completamente opuesto en cuanto a la significación procesal de este elemento, considerándole como una cuestión de fondo: Habiendo arrendado el Ayuntamiento un bien comunal, y recurrida la resolución por algunos vecinos, el Tribunal Supremo admite la demanda, considerando que:

"Correspondiendo a los vecinos derechos..., entre ellos el de participar en los aprovechamientos comunales, al ejercitar en el caso actual los recurrentes una acción de que se crean asistidos como tales vecinos y copartícipes en los aprovechamientos comunales de Erandio, tienen personalidad para recurrir en la vía contenciosa, puesto que ya les ha sido reconocida en la vía gubernativa, *constituyendo la cuestión de fondo el determinar si existe o no el perjuicio y la lesión del derecho que invocan, cuestiones estas últimas que no afectan en nada a la personalidad.*"

Sostienen igual doctrina las sentencias de 27.12.1913, 22.2. 1904 y 12.12.1907, y Auto de 6.7.1901.

c) La ley de lo contencioso-administrativo de 22.6.1894 habría de reforzar más aún esta doctrina al exigir el requisito de un derecho de carácter administrativo en favor del recurrente (73).

Así el Auto de 30.1.1907, en el que se niega la personalidad del vecino recurrente

> considerando que no alega derecho alguno de carácter administrativo que le haya sido reconocido anteriormente por Ley, Reglamento u otro precepto, que es uno de los requisitos esenciales que exige el artículo 1 de la Ley de 1894 para que proceda el recurso ante esta jurisdicción (74).

---

(73) Artículo 1.º, núm. 3:

"El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración o por los particulares contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes: ... que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo." Por lo demás, el argumento venía siendo ya manejado con anterioridad a esas fechas. Así la R. O. de 25.11.1880: "No procede la admisión en vía contenciosa de la demanda formulada por varios vecinos de un pueblo contra la R. O. que denegó la nulidad de la venta de una finca reputada como de aprovechamiento comunal por los demandantes, porque la disposición sólo pudo lastimar los derechos del Municipio, cuya defensa en juicio corresponde a los Ayuntamientos por medio de su Procurador Síndico".

(74) La sentencia de 25.10.1905 había intentado precisar este aspecto técnico de la personalidad: cuando el vecino alega un derecho propio, tiene personalidad, con independencia de que la acción prospere:

"La falta de personalidad de los demandantes alegada... se funda en no tener acreditado el carácter o representación con que reclaman, siendo así que lo hacen en nombre propio y ejercitando una acción de que se creen asistidos, como vecinos y copartícipes en los aprovechamientos...; y, en su consecuencia..., la resolución recurrida afecta al éxito y finalidad de la acción ejercitada, lo cual nada tiene que ver con la falta de personalidad, ... puesto que ellos no ostentan más que su propio y personal derecho."

Pero el auto de 12.12.1907 vuelve a emplear la expresión "personalidad", que niega a los vecinos en cuestiones referentes a bienes comunales, ya que "a los Ayuntamientos y no a los vecinos corresponde la representación y defensa en juicio de los intereses y derechos de los pueblos".

Principio que se desarrolla, enlazándole con la idea tradicional de la legislación municipal, en la sentencia de 20.4.1912:

> Si bien no puede desconocerse que los vecinos de los pueblos tienen derecho perfecto, preestablecido a su favor, para participar en los aprovechamientos comunales, y por tanto para reclamar su reconocimiento, tanto en vía gubernativa como en la contenciosa, contra cualquier perjuicio o limitación que en el mismo se les ocasione, no puede menos de reconocerse que no acontece lo mismo respecto del reconocimiento o declaración de cuáles bienes deben ser estimados como de aprovechamiento común, porque esta determinación afecta al ejercicio de la función propia de los Ayuntamientos, en la cual no pueden éstos ser sustituidos por ningún vecino".

Cuando no existe este derecho administrativo, el Tribunal Supremo se complace en poner de relieve que admitir el recurso significaría la admisión de una acción popular, como indica el citado Auto de 30.1.1907:

> Considerando que le ha interpuesto fundado únicamente en su condición de vecino de Madrid, lo cual equivale a ejercitar una *acción popular*, supuesto que con el mismo carácter podrían interponerle todos los vecinos de esta corte y esto es incompatible con la jurisdicción contencioso-administrativa, que requiere la existencia de un derecho que haya sido lesionado y, por consiguiente, este Tribunal carece en este caso de competencia para conocer del recurso entablado.

2. Llega ahora el momento de analizar esta jurisprudencia a la luz de la legislación vigente. Como acabamos de ver, dos son los argumentos que maneja el Tribunal Supremo para negar la legitimación de los vecinos (falta de acción y, sobre todo, falta de personalidad, según su terminología) en asuntos que se refieren a la existencia o determinación de bienes comunales: *a)* Por razones de normativa municipal, que atribuye esta competencia a los Ayuntamientos; *b)* Por razones de normativa contencioso-administrativa, que exigen en el recurrente la existencia de un derecho administrativo lesionado, y *c)* Inadmisibilidad de la acción popular.

Pues bien, a nuestro modo de ver, ninguno de estos argumentos puede ser tenido en cuenta a la vista de la legislación vigente:

a) A primera vista pudiera parecer que aún puede invocarse el argumento municipalista, ya que el artículo 101, 2 *b)* LRL, antes transcrito, sigue considerando como de competencia municipal la defensa y gobierno de los bienes comunales. No obstante, hoy está ya fuera de discusión que las competencias de este artículo 101 LRL no tienen un carácter excluyente, sino habilitador de fines, de tal manera que la circunstancia de que el Ayuntamiento *pueda* asumir la defensa de los bienes comunales, no impide que otros también lo hagan (75). Por lo cual, aun admitiendo que en este punto la legislación municipal no haya experimentado un cambio sustancial, el giro interpretativo que ha dado la doctrina hace perder toda su fuerza al argumento.

b) Lo anterior quiere decir que no hay un obstáculo legal por parte de la legislación municipal que impida a los vecinos ejercer este derecho. Pero ¿pueden hacerlo? Veamos la legislación contencioso-administrativa.

Frente a los cerrados criterios legitimatorios de la Ley de 1894, la Ley vigente sobre la jurisdicción contencioso-administrativa ha ampliado extraordinariamente las posibilidades de demandar la declaración de no ser conforme a Derecho, y en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración, legitimando a tal efecto a "los que tuvieran interés directo en ello" (76).

Teniendo en cuenta que la jurisprudencia anterior basaba sus declaraciones de incompetencia en la falta de personalidad de los vecinos, al carecer éstos de un derecho subjetivo vulnerado, a la vista del ordenamiento vigente deja de ser

(75) Así se acepta unánimemente por la doctrina a partir de las consideraciones de García de Enterría, en "El servicio público de Gas", en *Problemas actuales de régimen local*, 1958, págs. 61 y sigs.

(76) Artículo 28. Criterio, por cierto, que había sido iniciado antes en la legislación local (art. 223 de la Ley Municipal de 1935).

válido este criterio, puesto que basta un interés directo, y es indudable que los vecinos le tienen en la conservación del patrimonio comunal (77). En su consecuencia, las sentencias de 3 y 27 de octubre de 1960 han hecho ya afirmaciones totalmente contrarias a las que hemos visto anteriormente: Un vecino está legitimado para oponerse a la concesión de una licencia de edificación, pues "es indudable la importancia que para el colindante tiene tanto la distancia de la edificación como la altura de la misma".

En cuanto a la legitimación para recurrir dentro de la vía administrativa, está regida por los mismos criterios que en la contenciosa: artículos 113, 1 LPA y 379 LRL.: "El recurso de reposición sólo podrá ser interpuesto por las personas que puedan ejercitar los recursos subsiguientes al mismo, previstos en esta Ley".

c) Queda, por último, hacer una breve referencia a la llamada acción popular, que precisamente en la esfera local fue admitida durante los breves años de vigencia del Estatuto Municipal (art. 253); pero que ni antes (78) ni después (79) ha logrado imponerse.

No obstante, a los efectos que aquí interesa, es ya suficiente que si no cualquier ciudadano (como en la acción popular), al menos cualquier vecino puede salir en defensa de los intereses comunales en la medida del artículo 371 LRL:

> Si las Corporaciones locales no ejercitaren las acciones procedentes, cualquier vecino que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos, podrá requerir su ejercicio a la

---

(77) Ya que interés directo es "aquel que, de prosperar la acción entablada, originaría un beneficio jurídico en favor del accionante" (ss. 28.4 y 6.7.1959 y 12.5.1960).

(78) FERNÁNDEZ DE VELASCO sostuvo la afirmativa basándose en el artículo 25 de la Ley Municipal de 1877 (*La acción popular en el Derecho administrativo,* 1920, págs. 8 y sigs.); pero ya hemos visto que la jurisprudencia fue decididamente contraria.

(79) ORTIZ DÍAZ también ha sostenido la afirmativa basándose en el artículo 371 LRL (*El recurso contencioso-administrativo en la nueva Ley de Régimen Local,* 1953, págs. 89 y sigs.). Cfr. en contra, GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo,* III, 1963, págs. 44-45.

Corporación interesada. Si ésta no lo acordare en el plazo de dos meses, el vecino podrá ejercitar la acción en nombre y en interés de la Entidad local, siempre que lo autorice el Gobernador civil, oído el Abogado del Estado.

Después de lo que antecede, pueden deducirse ya las siguientes conclusiones:

1.ª) No es hoy de aplicación la doctrina de la antigua jurisprudencia por la que se niega la legitimación de los vecinos para la defensa jurisdiccional de los bienes comunales.

2.ª) Por incidir sobre los bienes comunales una cotitularidad de derechos del Municipio y de los vecinos, cualquiera de ellos está legitimado en su defensa jurisdiccional, e incluso en la vía administrativa.

3.ª) En último extremo, pueden acudir también los vecinos a la acción prevista en el artículo 371 LRL.

3. Esta actitud ha sido sostenida ocasionalmente por el Tribunal Supremo durante la vigencia de la legislación anterior:

a) Sala de lo contencioso: La sentencia de 31.5.1870 admite la demanda interpuesta por unos vecinos de Manzanares el Real contra la Real Orden que había dispuesto la enajenación de unos bienes de aprovechamiento común (80).

b) Sala de lo civil: Se trata del caso siguiente: Los vecinos de Ars y los de Asmurry hicieron una concordia el 29.9.1776 para deslindar sus respectivos aprovechamientos en montes comunales. Como los vecinos de Asmurry se excedieran de los límites, fueron expulsados por los de Ars, y los de Asmurry interpusieron y ganaron interdicto de recobrar la posesión. Posteriormente los de Ars interpusieron juicio reivindicatorio ordinario, que fue estimado por el Juzgado de Cer-

---

(80) El carácter de esta sentencia es rigurosamente excepcional, y sería exagerado pretender deducir de ella un apoyo jurisprudencial para nuestra tesis. En cambio, son relativamente corrientes los casos en que litigan *conjuntamente* el Ayuntamiento "y" los vecinos. Cfr., por ejemplo, la sentencia de 31.1.1871.

vera y por la Audiencia de Barcelona. Doña María Porta y Albós interpuso recurso de casación alegando: 1.°) Los actores carecen de acción "toda vez que no tienen la representación de la colectividad del vecindario de Ars, pues siendo el Municipio una persona jurídica, sólo a él puede corresponder la acción para reivindicar aprovechamientos comunales". 2.°) Conforme a la Ley municipal vigente, corresponde al Ayuntamiento la defensa de los bienes comunes.

La recurrente parecía contar a su favor con la reiterada jurisprudencia que más arriba se ha transcrito; y, sin embargo, el Tribunal Supremo (Sala 1.ª) desestima el recurso en sentencia de 29.12.1885 considerando que:

> La sentencia recurrida no infringe las disposiciones legales citadas en los motivos 1.° y 2.° del recurso, bajo el concepto de haber la Sala concedido personalidad y acción a los recurridos y además haber conocido en punto administrativo, puesto que los recurrentes al interponer interdicto de recobrar reconocieron a los demandantes en el presente pleito capacidad legal para comparecer en juicio, y el ser vecinos del pueblo de Asmurry es título bastante para reivindicar los derechos de cortar y extraer leña del monte llamado Abellanosa que a los mismos correspondía, sin que en el ejercicio de la acción sometida al fallo de la jurisdicción ordinaria pueda decirse que se cometió abuso o exceso en menoscabo de la administración local, toda vez que la Sala se ha limitado a declarar un derecho disputado entre particulares, sin inmiscuirse en la forma y modo del aprovechamiento en común del expresado derecho.

Pero esta doctrina no habría de sostenerse. Años más tarde el Tribunal Supremo vuelve a ocuparse de un caso similar: los vecinos de un pueblo ejercitan acción reivindicatoria sobre ciertos bienes comunales que suponían usurpados por el demandado, y la misma Sala 1.ª en sentencia de 14.12.1908 desestima la demanda considerando que:

> "Los demandantes, hoy recurrentes, para fundamental su acción, no han presentado título alguno en que funden su derecho como dueños de los terrenos que pretenden reivindicar, ya como de su exclusiva propiedad, ya como condueños con otros partícipes, sino que han alegado que los terrenos que reclaman proceden de los que fueron vendidos o cedidos a título

oneroso por el Real Patrimonio del referido pueblo en escritura de 17 de diciembre de 1740:

Dados los términos de la referida escritura y la manera como se han venido administrando y utilizando los terrenos a que se refiere la demanda, no puede menos de estimarse que en su caso serían comunales o de aprovechamiento común del pueblo de Villar del Buey, pues el disfrute de aquéllos ha sido regulado por el Ayuntamiento de dicha población, y su transmisión no se ha verificado a los vecinos de una manera individual, en términos que cada uno de ellos se convierta en propietario, ya de porción determinada, ya en común con otras personas, observándose, por el contrario, que los bienes adquiridos de la Corona pasaron como concejiles al pueblo mencionado, que, como entidad o persona jurídica, los ha venido poseyendo y administrando, formando parte de su patrimonio:

Esto sentado y siendo indiscutible, según preceptúa la Ley municipal en su artículo 1.º, párrafo 2.º, que la representación legal del Municipio corresponde a los Ayuntamientos, que la personalidad de éstos, en juicio, sólo la pueden ostentar los Procuradores síndicos, conforme a su artículo 56, y que para entablar pleitos se ha de cumplir, según los casos, con lo prevenido en el artículo 86 de la misma Ley; es manifiesto que los recurrentes carecen de acción y derecho para promover el pleito del que este recurso emana ... sin que contradiga dicha apreciación la jurisprudencia, porque la sentencia que se cita de 29 de diciembre de 1885, se refiere a caso distinto del actual y las demás que se alegan, ninguna relación tienen con el mismo."

En este punto hay que aludir al problema de la competencia —civil y contencioso-administrativa— que debe ser resuelto conforme a los principios generales sobre la materia. Es decir, que cuando se trata de una cuestión de propiedad, cuando se discuta si los terrenos pertenecen a un particular (o Corporación) o a una Corporación, es competente la jurisdicción ordinaria; mientras que si lo que se discute no es la propiedad sino la naturaleza del bien, por ser ésta una cuestión administrativa, será competente la jurisdicción contencioso-administrativa. Bien entendido que deben considerarse administrativas las discusiones en torno a si un bien es de propios o comunal en cualquiera de sus variedades; pero no

las que se refieran a la naturaleza jurídica del mismo, cuando lo que se discute es si se trata de un bien administrativo (comunal) o civil (comunidad ordinaria de tipo romano) (81).

4. *a)* La tesis vecinal que propugnamos cuenta, por lo demás, con una base dogmática reconocida también en otras legislaciones. Tal es el caso de *Italia.* Allí, aunque no sin discusiones, se admite el principio de la legitimación de los vecinos en materia de bienes comunales. La razón tradicional que suele invocarse es que el derecho de aprovechamiento es un derecho natural e inalienable, puesto que gracias a él puede vivir el ciudadano, y sin él, por falta de medios, tendría que emigrar —*unde quemadmodum Rex non possit suos subditos ex suo Regno expellere, illa nec eos privare posset eiusmodi commoditatibus, quas quotiescumque eis tolleret, cogere eos videretur ad alias migraendum* ('ANDREA)—, es lógico que cada ciudadano pueda actuar en juicio, incluso al margen de la perjudicial o negligente Administración municipal.

Conforme a la antigua jurisprudencia, que en esta materia conserva todavía toda su vigencia, estaba reconocido y declarado expresamente el derecho de cada ciudadano *uti singuli* a la tutela y al goce de los bienes comunales, sin que los acuerdos de la mayoría pudiesen perjudicar al derecho de la minoría o de los individuos. *Cum hoc jus pascendi non concernat interesse civium in universum sed interesse singulorum, non potest major pars desuper statuere, ac minori dissentienti praeiudicare, sed omnium emensus dequisitur* (DE LUCA). Y según CAPOBIANCO: *in quae singulos tangunt omnium consesus requisitur, ita quod nec per universitatem locari haec pascua possint, omnia civibus non consentientibus.*

Si los terrenos sujetos al uso cívico se cultivaban o se transformaba de alguna manera la forma de su destino, cualquier ciudadano podía pedir la anulación de cuanto se hubiese realizado ilegalmente.

Cuando un Consejo comunal impide a la población el libre uso de pastos o leñas en los terrenos comunales; cuando varía el destino de los terrenos, roturando un monte, hace un acto que lesiona el de-

(81) Habiendo solicitado los vecinos de ua parroquia el reconocimiento de su derecho exclusivo al aprovechamiento de los productos de un monte y la declaración de que éste era comunal, el Tribunal Supremo en su sentencia de 15.11.1957 afirma que "no puede dudarse que se trata de resolver un debate de índole puramente civil, por llevar en si la determinación de un derecho de propiedad, cuya competencia corresponde a los tribunales ordinarios, y así lo reconoce y tiene establecido el art. 403 LRL". En general, esta materia dista mucho de ser clara ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

recho civil de los individuos, privándoles del uso de lo que se les debía, de aquí que pueda el vecino acudir ante los Tribunales ordinarios. El demanio comunal sujeto a los usos cívicos no puede cesar en su destinación, si no es para ser parcelado entre los beneficiados, dándoseles una propiedad que les compense de la pérdida de los aprovechamientos generales. Todo ciudadano tiene derecho a actuar en juicio en estas materias, y no sólo ejerciendo un derecho de la comuna, sino un derecho propio, en lo que se distingue de la simple acción popular (82).

b) En el *derecho histórico francés* hay, en cambio, abundantes testimonios de la solución contraria. Véase, por ejemplo, la rotunda Ordenanza Real de 27.11.1814 (83):

> Considerando que cuando un bien es comunal y no se alza ninguna oposición sobre la propiedad de la comuna cada habitante tiene un derecho personal al goce de este bien, y puede, en consecuencia —como lo ha decidido el Decreto de 9 Brumario del año 1913— intentar en nombre privado, las acciones relativas al mantenimiento de este derecho; ahora bien, la situación es muy distinta para las acciones que conciernen a la propiedad de los bienes comunales; hay un criterio constante de que esta propiedad es efecto, pertenece, no a cada habitante en particular, sino a la comuna en cuerpo, al ser como tal conocida bajo esta denominación. De donde se sigue:
>
> 1.º Que las acciones dirigidas a la reivindicación de un bien comunal, se encuentran entre aquéllas que, según los términos de la Ley de 29 de Vendimiario del año 1905, interesan únicamente a las comunas.
>
> 2.º Que de acuerdo con la misma Ley, estas acciones pueden ser interpuestas solamente por los administradores encargaos de velar por los intereses de las comunas.

5. Todos los argumentos que hemos ido acumulando en los párrafos anteriores se ven apoyados por una reciente tendencia jurisprudencial que, sin la menor vacilación, ha reconocido la legitimación de los vecinos para reivindicar bienes comunales. Véase, en efecto, la sentencia de 15.10.1963 (sala 4.ª):

> Que en cuanto a la primera excepción, arguye el Abogado del Estado, que el artículo 10 LRL incluye las Parroquias entre

(82) Giriodi, *Il comune*, cit. págs. 117-119, y Granito, *Usi civici*, cit., págs. 172-185.

(83) Transcrita por Cormenin, *Questions...*, cit., pág. 87.

las Entidades locales menores cuyos intereses peculiares se administran por su Alcalde pedáneo, con su Junta vecinal, según el artículo 58, y que por ello ni al Alcalde del Ayuntamiento ni a los simples vecinos recurrentes puede reconocérseles el interés directo que habría de legitimarles según el apartado a) del artículo 28 LJ, a fin de ejercitar acciones administrativas en pro de los bienes de una Entidad local menor como G.; sin embargo, incide en error la tesis ... porque no cabe desconocer que si los montes reclamados se asignan al aprovechamiento comunal de siete parroquias, en la Orden recurrida ello siempre será en detrimento de los vecinos de B., puesto que en vez de tener ellos solos el disfrute, le han de compartir con los de otros lugares, lo que evidentemente implica merma de beneficios y, por tanto, quedan directamente perjudicados; luego se muestra el interés directo ... de los vecinos de G. recurrentes que les confiere la legitimación requerida por el apartado a) del artículo 28 LJ.

La cadena lógica de esta argumentación está formada, pues, en sustancia, por dos sólidos eslabones, que invalidan la doctrina contraria predominante de la antigua jurisprudencia. En primer lugar, es claro que existe un interés a favor de los vecinos (interés que se expresa en la materialidad de los aprovechamientos) e incluso un derecho (derecho a los aprovechamientos concurrentes con la titularidad dominical del Municipio, tal como se ha demostrado en el capítulo VII). Pues bien: es así que la LJ legitima a quienes ostentan derechos o interés legalmente protegidos, luego es inconcusa la legitimación de los vecinos.

6. Hasta ahora nos hemos ocupado de dos sujetos, cuya cotitularidad sobre los bienes comunales es indudable: El Municipio y los vecinos. Pero excepcionalmente puede haber otro sujeto: la Entidad local menor, Parroquia, pueblo, o si se quiere, un órgano especial, como el que la Ley municipal de 1877 denominaba Junta Administrativa (83 bis).

Recordemos las funciones de esta última:

Art. 90: Los pueblos que, formando con otro término municipal, tengan territorio propio, aguas, pastos, montes o cua-

(83 bis) Cfr. el epígrafe VI del capítulo IX y especialmente el epígrafe IX del capítulo XIV de esta obra.

lesquiera derechos que les sean peculiares, conservarán sobre ellos su administración particular.

Art. 91: Para dicha administración nombrarán una Junta, que se compondrá de un Presidente y de dos a cuatro vocales, elegidos directamente unos y otros por los vecinos del pueblo y de entre ellos mismos.

Admitidas generalmente las facultades *administrativas* de estas Juntas sobre los bienes comunales, excepto en lo que se refiere a la petición de su exclusión de la desamortización, ha sido muy discutida su capacidad procesal, existiendo sobre este punto una jurisprudencia contradictoria:

a) Por un lado, se admite sin reservas que la representación judicial de los pueblos que tienen intereses propios y no constituyen por sí Municipio, corresponde a las Juntas administrativas y no a los Ayuntamientos.

La sentencia de 9.11.1897 estima que la Junta administrativa de Jiménez de Jamuz, Municipio de Santa Elena, tenía personalidad para ser demandada por el Duque de Frías en reconocimiento y pago de un censo considerando que "con arreglo a los artículos 1 y 90 de la Ley municipal, la representación del Municipio, o sea, del conjunto de todas las personas que residen en un término municipal, corresponde al Ayuntamiento; pero los pueblos que dentro de él tengan territorio y bienes peculiares conservarán sobre éstos su administración particular, ejercida por una Junta administrativa ... y, por lo tanto, que la sentencia recurrida, al reconocer personalidad a la Junta administrativa de J. para ser demandada y condenada, en representación del Concejo y vecinos de dicho pueblo, sobre obligaciones inherentes a bienes exclusivos del mismo, no infringe, sino que ... se atempera a las citadas disposiciones legales.

Y en igual sentido las de 12.2.1901 y 19.2.1902.

b) Pero sostienen la doctrina contraria dos sentencias de fecha 2 de julio de 1901. En ambos casos se trataba de una petición de exclusión en el aprovechamiento de bienes comunales que una Junta administrativa había solicitado respecto de los vecinos de otro pueblo o anejo colindante. En ambos

casos el Tribunal Supremo niega la personalidad de las Juntas administrativas considerando que

> según *repetidas decisiones* las Juntas administrativas carecen de facultades para otorgar poderes ni ejercitar acciones ante los Tribunales, y sus atribuciones se hallan limitadas a las puramente de administración.

En la legislación vigente el problema parece más claro debido a lo terminante de la LRL y sus Reglamentos. Respecto de las Entidades Locales menores —como hoy se denominan— a quienes corresponde, según el artículo 107, *d)* LRL, "la administración y conservación de su patrimonio, incluido el forestal, y la regulación del aprovechamiento de sus bienes comunales", el artículo 6.º de la misma Ley reconoce a sus Juntas vecinales "plena capacidad jurídica" para adquirir, poseer, reivindicar, toda clase de bienes, interponer los recursos establecidos y ejercitar las acciones previstas en las Leyes. Insistiendo el artículo 12, 5, 1 *b)* y *c)* en que a las Juntas o Asambleas vecinales corresponde "la administración y conservación de bienes y derechos propios de la Entidad y la regulación del aprovechamiento de bienes comunales (así como) el ejercicio de acciones judiciales y administrativas y, en general, cuantas atribuciones se asignan en esta Ley al Ayuntamiento con respecto a la administración del Municipio".

La cuestión se agrava en cuanto se refiere a los pueblos o parroquias que sin tener la naturaleza jurídica de Entidades locales menores, pueden tener vinculados montes vecinales, como dispone la moderna legislación forestal y la compilación civil gallega. Pero éste es un tema del que nos ocupamos con detalle en otro lugar.

7. Al margen ya del problema de la legitimación para el ejercicio de esta clase de acciones, importa ahora aludir a los plazos de ejercicio, concretamente al plazo inicial.

Según BERMEJO GIRONÉS (84), las Corporaciones locales pueden ejercitar esta acción "únicamente cuando, por haber transcurrido el período de año y día sin ejercitar acción interruptora de la prescripción, fuese rechazada la acción directa".

Entendemos que esta tesis debe rechazarse, y ya lo ha hecho rotundamente MORENO PÁEZ (85): Las Corporaciones locales pueden acudir *en cualquier momento* a los Tribunales ordinarios ejerciendo la acción reivindicatoria, si es que la estiman más eficaz o más procedente que la recuperación administrativa directa.

IX. MEDIDAS DE DEFENSA

Intimamente relacionado con el tema de la recuperación de los bienes comunales se encuentra el de las medidas especiales ordenadas para su conservación, concretamente, su inscripción en el Registro de la Propiedad y su inventario. Ahora bien, por tratarse de instituciones que ofrecen unos contornos dogmáticos propios y que, además, sólo inciden marginalmente en el objeto de nuestro libro, vamos a limitarnos a hacer una referencia sumaria; que se justifica precisamente —y sólo en esta medida— en cuanto el Registro de la Propiedad y el Inventario de bienes municipales dan acogida a los bienes comunales.

(84) En *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix,* voz "Bienes municipales", 1951, pág. 401.

(85) "Reivindicación del patrimonio municipal", en *Revista de Estudios de la Vida Local,* núm. 95, 1957, págs. 706-708.

A) EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

1. El artículo 199 LRL dispone que "los Municipios deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales" (86).

La determinación de cuáles sean estos "bienes y derechos reales" no parece a primera vista muy sencillo. Por lo pronto, ya es una incongruencia jurídica la distinción entre unos y otros, puesto que según el artículo 344 del Código civil tienen la consideración de bienes inmuebles las servidumbres y demás derechos reales impuestos sobre los mismos (87). En la literatura española se ha hecho ya clásica la polémica sobre si los montes públicos pueden y deben inscribirse (88), y sobre la inscripción genérica de los bienes municipales (89). Esto aparte, es claro que para determinar

(86) Este precepto trae su origen del artículo 153 de la Ley Municipal de 1935, que en lugar del rotundo "deberán" actual, empleaba la equívoca expresión de "tendrán facultad y obligación".

(87) Cfr. ROCA SASTRE, Suplemento a la 5.ª edición del *Derecho Hipotecario*, pág. 92.

(88) Que tuvo por escenario fundamental la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Cfr. Jerónimo GONZÁLEZ, "Sobre la inscripción de montes públicos" (1925, págs. 275 y sigs.); Niceto ALCALÁ ZAMORA, "La inscripción de montes públicos en el Registro de la Propiedad" (1925, págs. 161 y sigs.) y "Algo más sobre la inscripción de montes públicos" (1925, págs. 401 y sigs.); GARCÍA ORMAECHEA, "El Catálogo de Montes públicos y el Registro de la Propiedad" (1926, págs. 122 y siguientes), y, más modernamente, y ya en otro plano, GONZÁLEZ PÉREZ, "El proceso del artículo 41 de la Ley de Montes y los montes catalogados" (1950, págs. 30 y sigs.) e "Inscripción de bienes municipales" (1951, esp., págs. 368 y sigs.) y GUAITA, *Régimen jurídico-administrativo...*, cit., págs. 130 y sigs.; y con posterioridad a la vigente Ley, NÚÑEZ RUIZ, "La Ley de Montes de 8.6.1957 y el Registro de la Propiedad", en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 94, 1957, páginas 536 y sigs.

(89) Cfr., además del artículo de GONZÁLEZ PÉREZ, citado en la nota anterior, MORENO PÁEZ, "En torno a la inscripción de los bienes municipales", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1955, páginas 554 y sigs., y "Reivindicación del patrimonio municipal" en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 95, 1957, págs. 677 y sigs.; MARQUÉS CARBÓ, *El Derecho Local español*, cit., I, págs. 941 y sigs.;

el verdadero alcance de los bienes a que inespecíficamente hace referencia el artículo 199 LRL —de no entender que se refiere a todos (90), es decir, a los de dominio público y patrimoniales— habrá que acudir a la legislación hipotecaria.

En efecto, el artículo 5 del Reglamento Hipotecario establece una serie de excepciones a las inscripciones de bienes municipales, que nos dan por exclusión los que deben realmente inscribirse. Según esto, *deberán inscribirse todos los bienes municipales menos los enumerados en el número 2 de dicho artículo.* Ahora bien, este esquema, que parece elemental, se complica por la circunstancia de que la legislación local y la legislación hipotecaria no manejan la misma terminología. Más concretamente, el Reglamento Hipotecario de 1915 se atiene —como era entonces correcto— a la terminología del Código civil y, por ello, excluye (art. 12, núm. 2) a "los bienes de uso público de las provincias y de los pueblos incluidos en el párrafo 1 del artículo 344 del Código civil"; pero al sustituir la legislación local esta terminología por la de bienes de dominio público (de uso y servicio público) y bienes patrimoniales (de propios y comunales) se rompió la armonía de ambos ordenamientos, que, por fortuna, ha venido a ser restablecida en el texto vigente del Reglamento Hipotecario, cuyo artículo 5, núm. 2 (refor-

GONZÁLEZ BERENGUER, *El Patrimonio...*, cit., págs. 110 y sigs; y VERA FERNÁNDEZ-SANZ, "La Incripción de bienes locales en el Registro de la Propiedad y la exención de pago del impuesto de los derechos reales" en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 122, 1962, págs. 185 y siguientes.

(90) Así pareció entenderlo ROCA SASTRE (en el lugar citado tres notas más arriba), afirmando que la LRL desconoce la existencia del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario que excluye del Registro de la Propiedad a los bienes inmuebles del Municipio que sean de dominio y uso público, pues tales preceptos sobre materia municipal no distinguen entre dichos bienes a los efectos del Registro de la Propiedad y, por tanto, parece que son inscribibles todos sin excepción. Claro está que si esta inscripción sin distingos fuera pensada con conocimiento de causa, nosotros —sigue diciendo ROCA SASTRE— nos adheriríamos a este criterio, pues creemos que es lo acertado en este punto, pero como dudamos de ello, por esto insistimos en la falta de coordinación que media entre ambas leyes.

mado por Decreto de 17.3.1949) exceptúa de la inscripción a "los bienes municipales de dominio y uso público conforme a la legislación especial"; de lo cual se deduce que el deber de inscripción se limita a los patrimoniales (91), es decir, a los de propios y a los comunales, que es lo que aqui nos interesa.

2. En cuanto a las peculiaridades de la inmatriculación, el artículo 199 LRL apuntó ya una extrema facilitación al afirmar que a estos efectos es suficiente "certificación que, con relación al inventario aprobado por la respectiva Corporación, expida el Secretario, con el visto bueno del Alcalde, certificación que producirá efectos iguales que una escritura pública". Lo que el artículo 35 RB ha desarrollado de la siguiente manera:

> 2. Será suficiente, a tal efecto, certificación que, con relación al Inventario aprobado por la respectiva Corporación, expida el Secretario con el visto bueno del Alcalde.
>
> 3. Si no existiere titulo inscribible de dominio, se estará a lo dispuesto en los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303 de su Reglamento.

Precepto que ha sido duramente criticado por los hipotecaristas, por entender que al presuponer que esta certificación será inscribible, sin más, se entra en flagrante contradicción con la legislación hipotecaria, que solamente admite la certificación administrativa de dominio como título inmatriculador y, además, por ser distinta una certificación que una escritura pública (92).

3. Por último, es de recordar lo dispuesto en los números 4 y 5 del citado artículo 35 RB:

> 4. Los Registradores de la Propiedad, cuando conocieren la existencia de bienes de Entidades locales no inscritos debi-

(91) Cfr., no obstante, PÉREZ JOFRE, "Los bienes de servicio público y el Registro de la Propiedad" en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 109, 1960, págs. 60 y sigs.

(92) ROCA SASTRE en el lugar citado en la nota 87.

damente, se dirigirán al Presidente de la Corporación, recordándole el cumplimiento de lo dispuesto por el párrafo 1 del presente artículo, y si en el plazo de tres meses no se hubiere presentado título suficiente para la inmatriculación e inscripción lo pondrán en conocimiento del Jefe provincial del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento para que provea lo procedente (93).

5. Los honorarios de los Registradores por la inmatriculación o inscripción de bienes de las Entidades locales se reducirán a la mitad.

B) El Inventario.

La otra medida protectora, a que aludíamos antes, consiste en la inclusión de los bienes comunales en el inventario municipal, tal como determina el artículo 200 LRL:

> Las Corporaciones locales están obligadas a formar inventario valorado de todos los bienes y derechos que les pertenecen, inventario del que se remitirá copia al Gobernador civil, y que se rectificará anualmente, comprobándose siempre que se renueve la Corporación

y cuyo régimen se encuentra minuciosamnete detallado en los artículos 16-34 RB, cuya lectura nos releva de otro comentario (94).

---

(93) Sobre las funciones en esta materia de los Registradores de la Propiedad y del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento, cfr. Moreno Páez, *Reivindicación...*, cit., págs. 711-714.

(94) La literatura sobre este punto es bien escasa. Véase un intento de elaboración doctrinal sitemática en Moreno Páez, *Reivindicación...*, cit., págs. 690-696.

CAPITULO XIII

FORMA DE LOS APROVECHAMIENTOS

(Derecho comparado)

I. Francia.

II. Alemania.

III. Suiza.

IV. Austria.

V. Italia.

I. FRANCIA

1.—*Bienes comunales típicos. Bosques que pertenecen a las comunidades de vecinos.*

La primera ordenación general del aprovechamiento de bienes comunales que aparece en la historia del derecho francés son las *Ordenanzas de Montes de 1669,* en las que, por lo que se refiere a los bosques que pertenecen a las comunidades de vecinos, y después de prevenir su medición y levantamiento de planos, se dispone que un cuarto de su superficie ha de estar siempre acotado para fomentar su desarrollo (art. 2), sin que en él puedan hacerse cortas de ninguna clase ni por las comunas ni por la Administración forestal y solamente "en caso de incendio, ruina notable de la Iglesia, puentes, muros y otros edificios públicos, los vecinos podrán dirigirse al Gobierno, quien, después de haber comprobado los hechos, autorizará a cortar los árboles que considere necesarios" (art. 4). En las tres cuartas partes no reservadas se harán las cortas con un intervalo mínimo de diez años (art. 3), pero que no serán realizadas por los propios vecinos sino por obreros forestales especializados. La madera así obtenida será repartida entre los vecinos según costumbre (art. 11), aunque también se admite que pueda ser vendida, con autorización de la Administración forestal, con tal de que el producto sea empleado luego en reparaciones extraordinarias o en gastos urgentes de la comuna (art. 12).

Un siglo más tarde, cuando la *Revolución francesa* modificó profundamente la organización administrativa forestal, pareció necesario modificar también las normas substantivas, perfeccionando las viejas ordenanzas de 1669. Esta fue la misión de la Ley de 29.9.1779, que procuró corregir los abusos que con el transcurso del tiempo habían ido apareciendo y que se mantenían invocando antiguas instituciones consuetudinarias. Por esta razón se prohibió la recogida de *chablis* (leñas muertas abatidas por el viento) y la corta de ramaje con fines decorativos en las grandes solemnidades (bodas, fiestas, romerías, etcétera). El Decreto de 19.7.1818 saldría posteriormente al paso de otro abuso, al parecer muy extendido en el Mediodía de Francia, prohibiendo la recogida de hojas secas para la cama del ganado.

El Decreto de 10.3.1802 (19 ventoso del año X) reafirmó la intervención administrativa de los bosques comunales, a los que sometió no sólo a las mismas normas que los bosques nacionales, sino también a su misma organización forestal. La Ordenanza de 7.3.1837 establecería un procedimiento general para cortas.

Así llegamos al denominado *Código forestal de 21 de mayo de 1827* (1), en cuyo artículo 1, núm. 4 se declaran los montes de las comunas sometidos al régimen forestal ordinario; en su consecuencia, la administración, explotación y conservación de los mismos pasan íntegramente a cuenta del Estado, quien para resarcirse de estos gastos impone una nueva contribución a la comuna sobre la antigua *contribution fonctière.*

Se admite sin embargo excepcionalmente la posibilidad de montes comunales no sujetos a la Administración forestal. Así en las superficies ocupadas por simples matorrales o donde los árboles se encuentren dispersos en los terrenos comunales dedicados a pasto, y en todo caso no susceptibles de una explotación regular: la competencia sobre los mismos corresponde a los funcionarios municipales. En caso de disconformidad entre la Administración forestal y la municipal sobre calificación de estos bienes, decidirá el Consejo de Prefectura.

2.—*Bienes comunales atípicos.*

Junto a estos bienes comunales en sentido estricto existen los derechos de uso de pastos y leñas, que en nuestra sistemática deben considerarse como bienes comunales atípicos.

Tener un derecho de uso en un bosque —dice HENRION DE PANSEY— es participar en su aprovechamiento con el propietario, es tener la facultad de coger en él una cierta cantidad y calidad de leña o enviar a pastar un cierto número y especie de animales. Este derecho, cuando corresponde a una comunidad de habitantes, es *como todas las demas propiedades de la commune un bien comunal* (2).

(1) Unos años antes, el Decreto del Ministerio de Finanzas de 7.12.1821 había resuelto la vieja cuestión de los árboles plantados en las avenidas, paseos, cementerios, fosos y murallas. Estos árboles habían pertenecido anteriormente a los señores territoriales. El Decreto de 16.7.1890, sancionado el 15 de agosto del mismo año, respetando las propiedades ya existentes, abolió para el futuro este derecho, en cuanto derecho señorial, que fue atribuido a las comunas. Pero el Decreto de 1821 limita las facultades de disposición de las mismas, exigiendo en todo caso la autorización judicial.

(2) *Des biens communeaux et de la police rurale et forestière,* en "Oeuvres judiciaires", s. a., pág. 327.

Dentro de la denominación genérica de usos de pastos y leñas pueden encontrarse, aislada o conjuntamente, las facultades más variadas: enviar a pastar los animales al monte, segar la hierba sobrante que los ganados no pueden consumir sobre el terreno, recoger leñas muertas, cortar leña para *chauffer, charruer* o *maissoner.* En cuanto a la leña de arder hay dos maneras de realizar los aprovechamientos: por estéreos y por cortas, según esté dispuesto en los títulos de posesión.

a) *En cuanto a su origen,* el mismo HENRION DE PANSEY se hace eco de las tres hipótesis más corrientes en su tiempo:

1) Arbitrio de los señores para atraer vasallos a sus dominios en un tiempo en que sin ganado, sin pastos y sin leñas no se podía vivir.

2) El poco valor que los montes tenían en la antigüedad. En la imposibilidad de explotarlos útilmente, los propietarios les tenían semiabandonados.

3) Como consecuencia de la necesidad vital que hay de estos productos, que de esta manera se ponían al alcance de todos los que no tenían propiedades. Tal sería el sentido de la ley burgundia: si *quis Burgundius vel Romanus, silvam non habeat, incidet de ligna ad usos suos, dejacendibus et sine fructu arboribus, in silva est repellatur* (3). Si el origen de los usos comunales es confuso, al menos desde muy antiguo ha podido constatarse su existencia jurídicamente reconocida: BEAUMANOIR distingue ya dos clases de usos: unos están reconocidos a todos, y otros sólo a los habitantes de una comarca. Entre los primeros se encuentra el derecho a pasar por un camino, entrar en una iglesia, sacar agua, etc. y por ellos no hay que pagar.

b) *El problema de la naturaleza* de estos usos ha sido debatido desde antiguo. El Presidente HENRION (4) nos ha recogido testimonio de algunos autores medievales así como de jurisprudencia moderna, que vienen a considerarles como servidumbres reales. Tesis que hace suya HENRION por aplicación del art. 637 del *code* ("Una servidumbre es una carga impuesta sobre un predio para uso y utilidad de otro perteneciente a distinto propietario").

Según COQUILLE *(Sur l'art. 15 du chapitre XVII de la Coutume de Nivernais)* no hay que considerar estos usos según el derecho romano, como "uso y habitación", que es servidumbre personal y por la sola utilidad de la persona. Estos usos son reales y personales, y pertenecen a los usuarios en razón a los predios de que son poseedores, entendiendo que les han sido concedidos en otro tiempo por los señores a fin de

(3) *Des biens communeaux...,* cit., págs. 327-328.
(4) *Des biens communeaux...,* cit., págs. 328 y sigs.

atraer a los campesinos y otras personas para poblar sus señoríos y tener más súbditos. El derecho y propiedad del uso no puede ser vendido ni transferido sólo, sino con la propiedad por razón de la cual ha sido concedido, pues el derecho le sigue y se adhiere a él.

Según LEGRAND *(Sur l'art. 158 de la Coutume de Troyes)*, la servidumbre de pastos sobre fundo ajeno es siempre real y ligada a un fundo y no a una persona; el derecho de uso concedido en razón a una casa es real; la servidumbre no puede ser vendida sin la casa y los terenos en razón de la cual fue establecida; esta servidumbre pasa de pleno derecho al comprador de la casa o fincas, si no se ha estipulado lo contrario.

Los usos reservados a los habitantes de una comarca, como los pastos, no pueden ejercerse sobre las tierras del señor como no sea pagando un canon, y esto aunque vengan ejerciéndose así tradicionalmente. La villa de Haies había sostenido que sus vecinos tenían derecho a soltar en los pastos del señor sin pagar renta. El jurado de Creil declaró este uso como mal uso y sentenció que no debía ser respetado. Cuando en el Beauvoisis se discutía la existencia de un uso, éste sólo podía ser probado por una carta del señor confirmada por el soberano (5). Cuando se ejercen sobre montes del Estado, estos derechos de uso pueden experimentar graves restricciones. El artículo 65 del Código forestal determina que "en todos los montes del Estado... el ejercicio de los derechos de uso podrá ser siempre reducido por la Administración, según el estado y las posibilidades del bosque". Según el autor que venimos citando (págs. 334-335) este principio, si bien encuentra aquí por primera vez acogida legal, dista mucho de ser nuevo. La doctrina antigua afirma que desde el siglo XIV, siempre que los derechos de uso absorbían la totalidad o la casi totalidad de los aprovechamientos, el propietario podía pedir la reducción, de manera que, como decía FABER, la propiedad no fuese nunca un título estéril: *in tantum quod propietas valeat.*

Los derechos de las comunas sobre los montes del Estado nunca fueron discutidos por la Revolución, pero se impusieron determinados plazos para solicitar el reconocimiento de los mismos. La ley de 19.3.1803 (28 ventoso año XI) fijó el de seis meses, que por otra de 27.2.1804 (7 ventoso año XII) fue prorrogado por otros seis. Pero parece ser que estos plazos no fueron respetados.

c) *En cuanto a la prueba y a la extensión de estos usos*, el derecho histórico francés fue rígidamente formalista: sin perjuicio de

---

(5) *Apud* GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, I, 1896, págs. 266-267.

las realidades posesorias es el título el que determina la naturaleza y la extensión del uso. La regla manejada originariamente dice: *Cum apparet titulus, ab eo possessionis, legem accipiunt.*

Esta exigencia tiene su razón de ser. La posesión es un hecho al que pueden vincularse diferentes instituciones jurídicas, lo mismo la propiedad que el simple uso. Es decir, que la prueba de la posesión no nos resuelve el problema del título jurídico en que se apoya. De aquí que para resolver esta duda haya que acudir a examinar ese mismo título. Prevención tanto más necesaria cuanto que en el lenguaje común no se suele distinguir ambos conceptos. Y así si los vecinos tienen el uso de sus comunales y, además, gozan en común de sus derechos de uso, está bastante extendido en el idioma campesino designar indistintamente y confundir ambos objetos. En consecuencia, cuando incluso el título de la comuna no les confiere más que los derechos de uso, los individuos de ella se fundan en la máxima de que en la duda hay que interpetar los títulos por la posesión, y siempre pretenden que lo que se les ha dado es la propiedad. Pero es bien claro que conceptualmente es fácil distinguir estas cuestiones.

La actitud de los Tribunales es a este respecto muy firme: Es inútil que los habitantes prueben que desde hace siglos gozan y disponen como auténticos propietarios a ciencia y paciencia del señor; si los títulos de señorío prueban, por su parte, que la comunidad no tiene más que un simple derecho de uso sobre los montes, pastos y pantanos del territorio, hay que atenerse a tales títulos y se consideran los actos posesorios de los vecinos como efecto de la usurpación y los reconocimientos de señor como consecuencia de error o de sorpresa. Según MORNAC, aunque esta posesión haya durado durante trescientos años, es inútil porque va contra título.

La jurisprudencia en este sentido es abudantísima. De entre las muchas sentencias que cita HENRION tanto de los Parlamentos como del Consejo real pueden recogerse estas dos (del Consejo):

> Los habitantes de Villers-Sexel estaban en posesión de doscientos arpents de monte. El Conde de Ciramont, su señor, les habían considerado siempre como propietarios, y cuando había querido reparar su castillo les había pedido permiso para utilizar la madera, reconociéndoles la propiedad. Pero este mismo señor, mejor instruido de sus derechos, solicitó el *cantonnement,* alegando frente a la posesión de los vecinos y sus propios reconocimientos, unos antiguos títulos. Por arrêt de 23.6. 1733 fue admitida su pretensión.
>
> En 1770 se produjo una sentencia en sentido similar: El marqués de Raynel pidió el *cantonnement* de unos bosques en el territorio de Raynel y de Epison. Los vecinos alegaron que

eran propietarios y presentaron una serie de actos probatorios: cortaban la leña desde hace más de cien años, les habían reconocido siempre los señores la propiedad, y habían adquirido incluso de los habitantes de otra comuna 162 arpents. Pero los títulos prevalecieron sobre ello.

3.—*Peculiaridades.*

HENRION DE PANSEY nos refiere, además, una serie de especialidades por distintos conceptos (6):

a) *Madera de quemar y de construcción:* ROUSSEAU en su Tratado sobre las aguas y los montes nos ha conservado un Reglamento de la *Table de Marbre* (tribunal de esta materia), que determina con la mayor precisión de que manera habían de usar de su facultad los que tenían derecho a coger leña para edificar. Se trata de un arrêt de 10. 8.1582, que dice así: Se permite para construir, reparar y mantener las casas, para los suelos, techos, puertas y ventanas solamente. Los muros deben ser hechos de piedra o ladrillo y no de leña. Una vez que se haya realizado una previa visita de inspección, convendrán las partes con el fiscal del señorío la cantidad y el lugar donde ha de cortarse la madera que se haya considerado necesaria.

b) *Derecho a ampliar el uso; quid* si el usuario, por haber mejorado de condición, quiere ampliar su casa con maderas del propietario del bosque: predomina la tesis negativa. Así lo entiende COQUILLE en sus comentarios a la *Coutume de Nivernais*, cap. XVII, art. 12 y de la misma manera lo determina la Ordenanza de Francisco I de 1515.

c) *Sobre si el derecho a cortar madera para reparar edificios se refiere también a los propietarios de casas modernas.*

Hay una jurisprudencia abundante que niega estos derechos: LULUC observa que los derechos no pertenecen indistintamente a todos los habitantes de la comuna *sed solum ad eos quorum domus ante quadraginta annos fuerint constructae aut veteribus fundamentis fuerint super structae ab eodem tempore.*

Un *arrêt* de 1572 declara usuarios en los bosques del señor de Savonière a los propietarios de las casas construidas *d'ancienneté.*

Un arrêt de la *Table de Marbre* de Paris de 1581 no admite el derecho del disfrute de uso más que a los que tengan casas construidas

---

(6) *Des biens communeaux...*, cit., 333-343.

con anterioridad a los caurenta años, o a las más modernas, pero sobre fundamentos antiguos.

En 1584 los comisarios reales nombrados para la reforma del régimen de aguas y bosques de Normandía (según ROUSSEAU) dictaron un reglamento en el que también se señala la fecha de cuarenta años (que es la *longissima prescriptione)*. Por otro lado, hay que tener en cuenta que estas sentencias no refieren a la posesión el derecho de uso. Se mantiene en él al vecino, no porque le haya gozado durante el tiempo necesario para prescribir, sino únicamente porque su casa estaba construida desde hace más de cuarenta años. Como, por lo general y quizá salvo algunas excepciones, las concesiones de derecho de uso no habían sido hechas a individuos determinados, sino a las comunidades de habitantes, es decir, a los seres morales y colectivos, que se componían tanto de los habitantes presentes como de los futuros, todos aquellos que, por el hecho de su residencia, formaban parte de las corporaciones, estaban necesariamente investidos de los mismos derechos.

Esta es la tesis que recoge el propio HENRION: con un criterio histórico, y partiendo de la base del interés que tenían los antiguos señores en atraer vasallos a sus dominios, presupone que el derecho de uso sólo fue concedido a los pobladores antiguos, pero no a los posteriores, cuando ya no ofrecía ningún interés este aumento de vasallos (7).

d) *Destrucción del bosque.*

Hay que distinguir dos casos:

El bosque es destruido por fuerza mayor (incendio): en este caso el derecho se pierde con la cosa y el usuario no tiene derecho a indemnización. Esta es la opinión de LEGRAND comentando el art. 168 de la *Coutume de Troyes*, apoyándose en un *arrêt* del Parlamento en Pentecostés de 1261.

Segundo supuesto: el bosque es destruido por el propietario para convertirlo en otra cosa. Aquí los usuarios pueden oponerse a esta transformación, ya que las servidumbres no pueden ser destruidas ni modificadas por quien las ha constituido voluntariamente. Al menos, no hay duda cuando se trata de un derecho de leñas.

(7) La tesis es, sin embargo, muy débil: Cuando se contempla una evolución histórica tan amplia, muy escaso papel juegan los últimos cuarenta años. Además se basa en una serie de suposiciones totalmente gratuitas.

e) *Posibilidad de venta de este derecho.*

No la hay. El art. 15 de la *Coutume de Nivernais* lo prohibe expresamente. Para la doctrina esto es una simple consecuencia de la naturaleza del derecho de uso, que se refiere a las estrictas necesidades del consumo. Así lo dispone también en la actualidad el art. 83 del *code forestier* y hay una abundante jurisprudencia en tal sentido.

f) *Quid si un propietario con derecho a usos vende sus fincas a diversos compradores.*

Los compradores en su conjunto no tienen más derecho que a soltar los ganados a que estaba legitimado el vendedor único. Así lo determina también el art. 88 de la Ordenanza de Francisco I y LEGRAND comentando el art. 68 de la *Coutume de Troyes.*

Pero ¿y si no se sabe los ganados a que tenía derecho el vendedor? Para determinarlo, la regla es que el cultivador al que se concede un derecho de pastos no debe usar de él más que para los animales que puede alimentar durante el invierno con los forrajes que ha recogido en las tierras que cultiva. Esta regla aparece en diferentes *coutumes.* Así en el art. 490 de la de Auvergne: "No se puede soltar en los pastos comunes más ganado que el que ha invernado y se ha alimentado con los forrajes propios".

4.—*Extinción del derecho de uso: el cantonnement.*

Es una institución moderna que apenas si se remonta a principios del siglo XVIII. Es una operación que consiste en convertir un derecho de uso sobre un terreno, cuya extensión excede a las necesidades del usuario, en un derecho de propiedad sobre una parte del mismo proporcional a sus necesidades.

En el antiguo régimen, la facultad de pedir el acantonamiento correspondía solamente al propietario del monte y no a los usuarios. La ley de 28.8.1792, art. 5, ha hecho desaparecer esta distinción: "Conforme al art. 8 del Decreto de 19.9.1790, las acciones de acantonamiento continuarán teniendo lugar en los casos que procediere, pero podrán ser ejercitadas tanto por los usuarios como por los propietarios" (El artículo que se cita impuso también la competencia de los tribunales ordinarios para estos asuntos de acantonamiento).

En cuanto al fondo, esta institución quebranta las instituciones de la ley civil por cuanto, a petición de uno de los contratantes y no obstante la resistencia del otro, se nova un contrato primitivo; pero hay razones superiores que lo justifican.

El sentido moderno del acantonamiento es preservar alguna parte de los bosques de la entrada de los ganados y de los abusos de los campesinos.

El Código forestal ha vuelto a introducir una modificación concediendo sólo esta facultad a los propietarios, prohibiéndola a los usuarios. En cuanto a los simples derechos de pastos no pueden ser acantonados, pero si rescatados por el propietario (8).

5.—*La autoridad competente para determinar la forma de los aprovechamientos* y, en su caso modificar la ya existente, puede ser el monarca, el Consejo de Estado, los Consejos de Prefectura o los Tribunales, según los casos:

1) Compete solamente al rey y a su Consejo de Estado el cambiar la forma de aprovechamiento de los bienes comunales a petición de los consejos municipales, y de conformidad con los prefectos y subprefectos, en los casos en que los vecinos de una comuna no se hayan aprovechado del beneficio de la ley de 10.6.1793 y conserven por tanto, aun después de su promulgación, el sistema antiguamente establecido (Decreto de 9 brumario del año 13; Avis del C'E 29.5.1808; 11.12 y 21.12.1808).

2) A los Consejos de Prefectura corresponde resolver los supuestos siguientes:

- Peticiones de una nueva forma de aprovechamiento después de la ejecución de la ley de 10.6.1793, y con recurso al Consejo de Estado (*Avis* citado y de 12.2.1815).
- Establecimiento de una nueva forma de *affouage* (*Avis* citado, 7.10.1812).
- Reclamaciones relativas a las cuotas de repartición de *affouages* entre los habitantes de las comunas (*Avis* citado, 7.10.1812).

3) Corresponde a los Tribunales decidir sobre los derechos de propiedad, uso, *affouages, parcours, vaine pâture* y otros que hayan sido regulados anteriormente por actos, transacciones y juicios (9).

Estas competencias fueron modificadas por la ley de organización municipal de 18 de julio de 1837, en cuyo artículo 17 se deter-

(8) HERION DE PANSEY, *Des biens communeaux...*, cit., págs. 351-353.
(9) CORMENIN, *Questions...*, cit., págs. LXXIV y sigs.

mina que los Consejos municipales regularán el modo de administración de los bienes comunales, las condiciones de los arrendamientos (cuya duración no puede exceder de diez y ocho años), el modo de los aprovechamientos y el reparto de frutos y pastos naturales, salvo leña. Por su parte, el art. 19 autoriza a estos mismos Consejos para que fijen las tarifas y ordenanzas de percepción de todas las rentas comunales, adquisiciones, ventas y cambios de propiedades comunales, condiciones de arrendamiento y todo lo que interese a la conservación y mejora de los bienes comunales.

En la actualidad corresponde al Consejo Municipal regular por sus acuerdos la forma del aprovechamiento y la repartición de los productos entre los vecinos. Los acuerdos tomados a este respecto son reglamentarios, en virtud del art. 61 de la ley municipal, cuando no hacen más que determinar los detalles de ejecución de una forma de aprovechamiento "preexistente". Cuando, por el contrario, significan un cambio en el modo de aprovechamiento, la aprobación prefectoral es necesaria, por aplicación del decreto de 25.3.1852, no derogado en este punto por el art. 168 de la ley municipal.

En las comunas en las que los lotes son adjudicados en virtud de antiguos reglamentos, los acuerdos que signifiquen un cambio de este modo de aprovechamiento, no tienen efecto más que respecto a los lotes que revierten a la comuna como consecuencia de la muerte sin descendencia de sus poseedores (C'E 7.5.1909) (10).

La ley de 1837 —ley burguesa que no tiene interés en aumentar el número de los propietarios o elevar el nivel de vida de los braceros, sino en fortalecer a los empresarios medianos y grandes— considera el arrendamiento como la mejor forma de explotación de los bienes comunales. La doctrina contemporánea no regateó alabanzas a esta actitud. Para CAFFIN el arrendamiento *(amodiation)* a) es una exigencia del espíritu de la época, b) es incluso una obra de moralización, c) atiende al interés de las comunas, d) beneficia por igual a los campos, al comercio y a la industria, e) y no es incompatible con la repartición de los productos, siempre que se aplique un conveniente sistema de tasas y el plazo de los arrendamientos no sea excesivamente largo.

6. *Beneficiarios.*

El problema central de los aprovechamientos comunales modernos consiste en la determinación de sus beneficiarios, es decir de los

(10) *Petit Dictionnaire de Droit Municipal*, 1926.

requisitos que deben concurrir en una persona para legitimarla a realizar tales aprovechamientos.

Según la clásica afirmación de BERTHELEMY (11) corresponde este derecho a "todo individuo legalmente domiciliado en la comuna, esté incrito o no en las listas de contribuyentes cualquiera que sea su nacionalidad". Vayamos ahora analizando cada uno de estos elementos:

1) La condición de *domicilio* es poco precisa si no se añade la indicación del modo por el que este domicilio se adquiere. Los revolucionarios exigían para participar en las reparticiones la residencia de un año y un día (12). Para unos autores hay que tener habitación. Para otros hay que ser propietario. Las soluciones jurisprudenciales son contradictorias; pero hay, por lo pronto, dos que pueden rechazarse con seguridad:

— la que considera el disfrute de los bienes comunales como una servidumbre sobre la propiedad de la comuna, que da lugar a un derecho de uso en favor de los vecinos;

— la que concede este derecho a quien tenga una habitación, aunque sea un simple cobijo transitorio.

Todas las demás soluciones son defendibles. Lo que es indudable es que, a falta de reglamentaciones generales o especiales, hay que atenerse, por analogía, a las disposiciones del Código forestal. Al

---

(11) *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 13 ed., 1933, páginas 634 y sigs., a quien seguimos, en general, en su glosa a la frase que se reproduce en el texto.

(12) La limitación de los derechos comunales a los vecinos, con radical exclusión de los no vecinos, es una constante en el derecho histórico francés.

LALANDE, en su comentario al art. 154, de la coutume d'Orleans, aclara el motivo de esta disposición: "En Francia, regularmente, el derecho de uso es real y está vinculado a una villa, castillo o caserío determinado, a los vecinos y detentadores de los cuales pasa por una sucesión continua, que no puede ser ejercida fuera de esos lugares".

BOUHIER, comentando la coutume de Borgoña, dice: "Este derecho no puede ser ejercido más que por quien reside en el lugar para el que se hizo la concesión. Y nuestro Parlamento así lo ha resuelto por un arrêt bastante reciente de 22.8.1743. En ausencia del propietario, éste no puede ejercerlo, y, si tiene arrendadas las tierras, sólo puede ejercer el derecho uno de sus arrendatarios". (Cfr. HENRION DE PANSEY, *Des biens communeaux*..., cit., pág. 343.)

reformarse el art. 105 del *Code forestier*, donde se trata el principal de estos derechos (que es el de *affouage)*, se ha hablado en 1838, y más recientemente en 1901, de domicilio real y fijo. Con ello no se resolvían todas las dificultades, pero al menos se confirmaban los dos puntos señalados, puesto que al hablar de domicilio, se excluye ya o los que no son más que propietarios; y por hablar de domicilio fijo y real, se excluye a los que no tienen más que un cobijo transitorio (13).

2) *Nacionalidad.* No se distingue entre nacionales y extranjeros. Esto ha sido muy discutido. La jurisprudencia había admitido que el aprovechamiento de los comunales no podía ser denegado a los extranjeros autorizados a establecer su domicilio en Francia (Cass. 23. 3.1853), y la ley de 23.11.1883 ha confirmado esta tesis jurisprudencial.

3) *La inscripción en el censo no es necesaria.* Aunque el Consejo de Estado declaró lo contrario en 1836, la jurisprudencia posterior del Tribunal de casación ha sentado esta tesis (14.12.1864), dene-

---

(13) La fórmula del art. 105 del *Code Forestier* adoptada en 1901 ha recibido una última modificación por la Ley de 26.3.1908: "Si no hay un título contrario, la repartición del affouage, tanto si se trata de leña de quemar, como de construcción, se hará de una de las tres maneras siguientes:

— o bien por fuego, es decir, por cabeza de familia que tenga domicilio real y fijo en la comuna antes de la publicación de la lista;

— o bien mitad por cabeza de familia y mitad por cabeza de habitante, que cumpla las mismas condiciones de domicilio. En los dos casos precedentes será considerado como cabeza de familia el individuo que tenga real y efectivamente la carga o la dirección de una familia, o el que posea una vivienda particular donde viva y donde prepare su alimento.

Adicción de L. 5.4.1932: "No obstante, tendrán derecho a las leñas los ascendientes que viven con sus hijos, sin que haya lugar a investigar si tienen o no a su cargo la familia";

— o bien por cabeza de vecino que tenga domicilio real y fijo en la comuna antes de la publicación de la lista. Adicción de L. 26.3.1908: "En caso de reparto por hogar o por cabeza, o solamente de reparto por cabeza, el consejo municipal podrá decidir que para tener el derecho de participar en la partición por cabeza, haya sido necesario en el momento de la publicación de la lista, poseer desde un tiempo que se determinará, pero que no excederá de seis meses, un domicilio real y fijo en la comuna".

En el *Petit Dictionnaire de Droit Municipal,* 1926 (pág. 184), se recoge una jurisprudencia (Cass. 14.12.1864, C.d'E, 31.7.1918) que admite la posibilidad de que los reglamentos municipales exijan, además del domicilio real o fijo, un cierto tiempo de residencia en la comuna (seis meses, e incluso un año).

gando incluso al Consejo municipal la facultad de decidir de otra manera.

Desde el punto de vista administrativo el censo de titulares es un presupuesto inexcusable de la ordenación de los aprovechamientos. Su confección provisional coresponde a la Asamblea comunal; posteriormente es expuesto en la Alcaldía para que los interesados puedan examinarle y formular las reclamaciones oportunas, que serán resueltas definitivamente por el Consejo comunal (14).

7. *Instituciones especiales.*

Al estudiar las formas de aprovechamiento de los bienes comunales en el derecho francés, nos aparecen, aparte de lo que ya queda indicado, dos instituciones peculiares —el *affouage y la vaine pâture*— a las que debemos hacer una referencia especial, aunque sea sumaria:

A) Affouage (15)

a) *Definición.*

Es el derecho que corresponde a los habitantes de una comuna de participar en los productos de leña de quemar y de madera de construcción en los bosques de la comuna. Pero no hay que confundirle con el llamado *affouage real,* uso en virtud del cual ciertas personas pueden tomar madera de quemar en un bosque que pertenece o al Estado o a un particuar o a una comuna *(usage forestier).*

b) *Condiciones generales de ejercicio del derecho.*

1) Nacionalidad: El *affouagiste* debe ser francés o extranjero al que se haya permitido asentar su domicilio en Francia conforme el artículo 13 del C. c.

2) Domicilio: Debe tener en la comuna un domicilio real y fijo, que se distingue del domicilio previsto en el art. 102 del C. c. en que éste supone la residencia efectiva del interesado. Por ello los menores, los interdictados y las mujeres casadas tienen derecho al *affouage* en la comuna en que residen de hecho y no en la comuna del domicilio de su esposo o tutor.

---

(14) *Petit Dictionnaire...*, cit., pág. 184.

(15) Se sigue aquí en lo fundamental, y sin perjuicio de anotar las observaciones de otros autores, el *Petit Dictionnaire...*, cit., páginas 41 y sigs.

c) *Modos de repartición.*

1) En virtud de títulos antiguos, es decir, títulos legales o reglamentarios (antiguos edictos, arrêts de los Parlamentos, etc.) y no de simples acuerdos del Consejo municipal.

2) A falta de título en contrario, conforme a uno de los modelos que se indican en el Código forestal (art. 105): por cabeza, por *feu* y por el sistema mixto.

3) Todos los usos antiguos que impliquen otros modos de partición han sido abolidos por el art. 105 del *Code forestier.*

d) *Las formas de aprovechamiento* (16) son fundamentales tres:

1) En común, que consiste en la percepción directa por los habitantes de los frutos y productos de los bienes comunales. Así sucede cuando los vecinos sueltan sus ganados a pacer en los pastos comunales. El *aprovechamiento comunal* —como observan los redactores de DALLOZ (17)— se utiliza generalmente para los pastos. Adoptado por el consejo municipal, éste dicta una ordenanza que, según la extensión y las posibilidades de pasto, determina la época en que los ganados pueden ser conducidos a los prados, el número de animales que cada vecino está autorizado a soltar, la especie de éstos, las condiciones en que serán admitidos en los pastos, etc. También se determinará si la admisión de los ganados será gratuita o condicionada a una tasa. En este último caso se fijará una tarifa, que debe ser sometida a la aprobación del prefecto.

2) **Individual:** Que supone o bien el parcelamiento de los bienes comunales, o bien su *amodiation,* es decir, su arrendamiento. El parcelamiento puede ser gratuito o mediante renta. En cuanto a los arrendamientos, deben ser aprobados por el prefecto cuando pasan de diez y ocho años.

En ciertas regiones de Francia, antiguos edictos, todavía en vigor, preven un modo particular de goce individual: los lotes son concedidos hereditariamente a los cabezas de familia. A la muerte de cada

(16) Según AUBY *(Droit administratif spécial,* 1958, pág. 111), el aprovechamiento de los bienes comunales presenta las siguientes peculiaridades respecto de las formas usuales de utilización de dominio privado: forma colectiva, fundada sobre ley y a título gratuito. Cfr. también sobre todas estas cuestiones la sumaria, pero acertada, exposición de J. LAMARQUE, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs,* 1960, pág. 446.

(17) En *Repertoire de Droit public et administratif,* t. I, 1958. Voz "Commune", págs. 361-362.

beneficiario, el lote se transmite a su primogénito, o al siguiente si el primogénito no habita en la comuna o no tiene hogar propio.

3) La repartición entre todos los vecinos de los frutos producidos, siendo los gastos y trabajos de cuenta de la comuna (asi es el *affouage)* (18).

El consejo municipal puede, por otra parte, imponer una *tasa* a los que se beneficien de los aprovechamientos. El producto de estas tasas es considerado en la ley municipal (art. 133,2) como un ingreso ordinario autorizado. Pero mientras que los consejos municipales son libres para dictar los reglamentos referentes a la forma de aprovechamiento, no pueden fijar estas tasas representativas más que con la aprobación del prefecto.

La recepción de estas tasas es asimilada a la recepción de contribuciones directas. Hay no obstante, dos diferencias:

— Las contribuciones directas son pagadas por doceavas partes; las tasas por adelantado y en una sola vez;

— no se puede eximir de las contribuciones directas, lo que si puede hacerse respecto a las tasas (19).

e) *Modo de realizar los aprovechamientos.*

Hay tres posibilidades:

a) En natura: Se hace una corta (supeditada naturalmente a la autorización de la Administración forestal y que ejecuta un empresario, es decir, sin que puedan intervenir directamente los vecinos), sus productos se dividen en lotes y se procede a un reparto de los lotes entre los beneficiarios.

b) En metálico: Los productos de la corta, así realizada, son vendidos posteriormente y el dinero es repartido entre los vecinos.

c) Se venden los productos, pero en lugar de repartirse su importe, se ingresa en la Caja comunal.

f) *Tasa de affouage.*

Es una renta reclamada a los interesados con vista a cubrir los gastos de guardería forestal comunal, explotación de las cortas, así como la contribución que recae sobre dichos montes. Está implícita-

(18) Cfr. *Petit Dictionnaire...*, pág. 184, y BERTHELEMY, *Traité élémentaire...*, cit., pág. 636.

(19) BERTHELEMY, *Traité élémentaire...*, cit., pág. 636.

mento prevista por el art. 133,2 de la ley de 5.4.1884 y autorizada por las leyes de finanzas anuales.

El consejo municipal es libre de crear o no una tasa y el prefecto no puede imponerla de oficio a las comunas, incluso para cubrir los gastos de explotación de los bosques (C'E. 10.7.1888).

Corresponde igualmente al consejo municipal fijar el montante de la tasa, por acuerdo sometido a la aprobación prefectoral. En principio, el producto de la tasa no debe exceder del montante de los gastos, al pago de los cuales está afectada. No obstante, se admite que las comunas puedan, en caso de necesidad, obtener un complemento de ingresos para sus gastos generales (av. C'E. 8.4.1838).

B) LA VAINE PÂTURE (20).

Sin que podamos detenernos excesivamente en esta institución, ya que su importancia histórica desbordaría los límites de esta obra, baste aludir, siguiendo a GLASSON (21), en cuanto a sus más remotos orígenes, que en diversas regiones, la *vaine pâture* se extendía sobre todas las tierras, pero que tendió a irse restringiendo, como todos los demás derechos de uso, especialmente en los bosques, a medida que la propiedad individual se fue desarrollando. Según los *Etablissements de Saint Louis*, la *vaine pâture* se admitía en todos los montes de más de tres años para los bovinos, pero no para las cabras.

En la *Coutume de Touraine* de 1599 la *vaine pâture* se admite todo el año en las tierras no cerradas, pero en las otras sólo una parte. El *Grand Coutumier de Normandie* dedica una gran importancia a este tema y es curioso señalar que sus normas se acercan bastante a las que regían en aquel mismo tiempo en Inglaterra.

El tiempo durante el cual las tierras son comunes se denomina en Normandía *banon*. Durante esta época se permite el pasto de los animales, con excepción de porcinos y caprinos, por los daños que puedan causar. Para poder cerrar las fincas hace falta un uso inmemorial.

Posteriormente las *coutumes* empezaron a mostrar criterios diferentes sobre la *vaine pâture*. Las más rigurosas la consideraban como una servidumbre legal, de tal manera que los propietarios no tenían derecho a impedirla ni siquiera cerrando las fincas (Montargis, Lorraine).

---

(20) Sobre el correlato de esta figura en España, cfr. NIETO, *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, 2 tomos, 1959.

(21) *Histoire du droit...*, cit., págs. 268-270.

Otras obligaban a soportarla mientras las fincas no estuviesen cerradas (Sens, Auxerre, Melun).

Otras la limitaban sólo a los barbechos; reputándose cerradas las demás. Otras la consideraban sólo como un acto de simple tolerancia, que exigía para consolidarse una posesión inmemorial (así solía ser en el Sur). Y hay otras, por fin, que la prohiben expresamente a no ser que haya un titulo en contrario.

Henrion de Pansey ha recogido también diversos testimonios de la pujante existencia de estos usos en el antiguo derecho (22).

Hay algunas *coutumes* (Auvergne, Berri, La Marche) que dicen que el vecino no puede soltar más que los animales que ha alimentado durante el invierno con forraje recogido en sus tierras. De esta disposición resulta que la facultad de usar de los pastos comunes está ligada a la posesión de dos calidades: la de vecino y la de propietario.

Chabrol, comentando la *Coutume de Auvergne:* "El forastero no tiene derecho a los comunales, aunque posea la mitad del pueblo; y el vecino tampoco puede usar de ese derecho si no recoge en sus campos forraje suficiente para poder alimentar sus animales durante el invierno".

Basnage, comentando la Coutume de Normandía, parece hacer una regla general de esta disposición consuetudinaria: "Cada habitante no tiene la facultad de hacer pastar en los comunales de la parroquia o en baldíos los ganados que le parezca, sino que el número de animales que suelte debe estar en proporción con las tierras que posee en el mismo territorio".

Para aclarar esto, hay que considerar que el derecho de *vaine pâture* sobre todas las tierras en barbecho está fundado sobre la reciprocidad y sobre la consideración, muy justa, de que los rebaños van pasando sucesivamente por todas las partes del territorio, por lo cual cada propietario se ve indemnizado de lo que pierde por lo que toma de otras heredades. Pero el que no tiene propiedad, no contribuyendo con nada, no ofrece a los otros vecinos ninguna clase de indemnización: por lo cual, en rigor, podría impedírsele la *vaine pâture* sobre los campos particulares. Pero distinto es el caso de los comunales, ya que de ellos no son propietarios algunos individuos, sino la comunidad, sin distinción de los que tienen o no otras heredades. Por ello deben ser admitidos a pastar en esas tierras comunales.

---

(22) *Des biens communeaux...*, cit., págs. 421-426.

Esta tendencia humanitaria ha sido recogida por la jurisprudencia. El arrêt 13.8.1661 admitió que los vinateros pudiesen tener una vaca en los prados comunales, aunque no tuviesen tierras.

Las Ordenanzas de Montes de 1669 dedican un titulo entero a los derechos de *pâturage et pacage*, en el que se consignan disposiciones sumamente curiosas, que demuestran hasta que punto pueden seguir siendo de aplicación normas dictadas hace trescientos años. Asi en el articulo 6 se ordena que los ganados han de ir marcados por villas o parroquias; en el 8, que han de llevar esquilas; y en el 9, que no pueden ser conducidos particularmente, sino por guarda común.

Al advenimiento de la Revolución puede apreciarse una decadencia de esta institución en el Norte y Oeste de Francia, pero aún se conserva intacta en el Sur y Mediodía. COLIN y CAPITANT resumen así la situación (23):

En el último estadio del antiguo derecho, los derechos al paso de los ganados y de pasto común estaban en general regulados del modo siguiente: el número de cabezas de ganado admitidas al pasto se fijaba de antemano en cada localidad. Sobre la base de este total, cada habitante tenia derecho a enviar un número de cabezas proporcional al terreno que le pertenecía. En ciertas regiones habia diferencias respecto al punto siguiente: En algunos sitios los derechos de paso de ganado y de pasto común constituian obligaciones a las que no podian sustraerse los propietarios a ellos sujetos; en otros, por el contrario, todo propietario tenía el derecho de cerrar sus fincas; pero si usaba de esta facultad perdia el derecho de paso de ganado y de pasto común en proporción al terreno que había sustraido al uso común (24).

> *El Code rural* de 28.9.1791 reguló con cierto detenimiento la *vaine pâture* en diversos articulos de su sección cuarta, articulo 3: El derecho de *vaine pâture* en una parroquia, acompañado o no de la servidumbre de *parcours* (25), no podrá existir más que en los lugares donde se encuentre fundado sobre un título particular, o autorizado por la ley o por un uso local inmemorial, y con la salvedad de que la *vaine pâture* no será

---

(23) *Curso elemental de Derecho civil*, ed. esp. 1949, pág. 163.

(24) NIETO, *Ordenación de pastos...*, cit., I, pág. 193.

(25) Se llamaba pasto común *(vaine pâture)* —dicen COLIN y CAPITANT en la obra y lugar inmediatamente antes citados— al derecho que tenían los habitantes de un mismo municipio de enviar sus ganados a pastar los unos en las tierras de los otros en las épocas en que no había en los fundos ni simientes ni frutos.

El paso de ganados *(parcours)* era el mismo derecho ejercido de municipio a municipio.

ejercida más que conforme a las reglas y usos locales que no contradigan las reservas hechas en los artículos siguientes de la presente sección.

Art. 14: No obstante, todo cabeza de familia, que no sea propietario ni arrendatario de alguna tierra sometida a *vaine pâture* o a *parcours*, y los que por la modestia de su explotación tampoco aseguran una compensación proporcional, podrán introducir en las tierras un rebaño separado o un rebaño común de hasta seis lanares y una vaca con su ternero, sin perjuicio de los derechos de dichas personas sobre los bienes comunales, si es que los hay en la parroquia, y sin perjuicio también de otros usos locales.

Art. 12: En las regiones de *parcours* o de *vaine pâture* sometidos al uso de rebaño en común, cualquier propietario o arrendatario podrá renunciar a esta comunidad, y hacer guardar su ganado, en proporción a las tierras que cultive en la parroquia, en un rebaño separado.

Art. 13: La cantidad de ganado, proporcionalmente a la extensión del terreno, será fijada en cada parroquia, a tanto de ganado por arpent y conforme a los reglamentos y usos locales; y a falta de documentos positivos a este respecto, se proveerá por el consejo general de la comuna.

Art. 15: Garantiza el derecho a los propietarios y arrendatarios aunque no sean vecinos, pero se les prohibe la cesión de estos derechos.

El mismo movimiento que se produjo en el siglo XIX en el sentido de la división y de la repartición de los bienes comunales debía llevar a la destrucción de estos antiguos derechos colectivos que el Código había respetado. Tal obra fue realizada por la ley de 9 de julio de 1889 reformada por la de 23 de julio de 1900.

El derecho de paso de ganados (parcours) fue abolido por el artículo primero de la Ley de 9 de julio de 1889 (en el Código rural, tit. 2 y 3). Sin embargo, esta supresión da derecho a indemnización en beneficio de los municipios perjudicados cuando el paso de ganados haya sido establecido en otro tiempo a titulo oneroso. La cuantía de la indemnización la fijan los Consejos de Prefectura con derecho a recurrir ante los Tribunales ordinarios en caso de impugnación de título.

En el texto primitivo el derecho de pasto común también debía desaparecer en el plazo de un año, contado a partir de la promulgación de la Ley (art. 1.º). Pero se creyó que esta medida era demasiado radical. En la reforma se introdujo la modificación de que el pasto común podía subsistir con ciertas condiciones, sobre todo cuando se dirigiera una petición al prefecto pidiendo su continua-

ción, dentro del plazo de un año desde la publicación de la Ley, ya por el consejo municipal, ya por propietarios particulares, debiendo, en este caso, la petición de los últimos, obtener dictamen favorable del consejo municipal en un plazo de seis meses. Según los casos, es llamado a resolver acerca de la petición de subsistencia, ya el Consejo General, ya el Consejo de Estado (art. 3).

La Ley estableció que en ningún caso el derecho de pasto común se ejercitase sobre praderas naturales o artificiales. Habiendo reclamado los pueblos interesados, la Ley de 1890 suprimió la exclusión de las praderas naturales, dejando tan solo subsistir las artificiales.

El vigente Código rural francés (codificado el 16 de abril de 1955) dedica a la *vaine pâture* el tit. I del Lib. II, arts. 189-199 (26).

II. ALEMANIA

1. *Aprovechamientos individuales sobre la marca.*

Los aprovechamientos comunales que realizan los comarcanos en la *Allmende*, cuando ésta se encuentra todavía en su forma originaria, no ofrecen ningún problema: todos tienen, por principio, iguales derechos y, como todos poseen explotaciones agrícolas y pecuarias similares, vienen a realizar aprovechamientos idénticos. Por otro lado, la escasez de población en relación con los recursos naturales, que parecen inagotables, tampoco plantea la cuestión de una posible limitación de los mismos. El comarcano utiliza la *Allmende* cuando, donde y como quiere. Sus aprovechamientos —dice GIERKE (27), a quien seguimos en todo este epígrafe, salvo las referencias a otros autores, que expresamente se indican— tenían entonces la misma naturaleza que posteriormente la de los caminos públicos o la de las aguas corrientes para el ciudadano moderno (28).

---

(26) Pueden verse en NIETO, *Ordenación de pastos...*, cit., I, páginas 194-196.

(27) *Das Genossenschaftsrecht*, cit., I, págs. 618-620, y II, páginas 235-265.

(28) Una excepción representaba, sin embargo, la existencia de individuos no libres y no propietarios, los cuales, como ya se ha indicado, tenían ciertamente derecho a los aprovechamientos comunales, pero en una cuantía y calidad inferior a la normal. (Cfr. MAURER, *Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland*, I, 1865-1961, págs. 206 y 227 y sigs.)

El cierre de la marca fue el primer factor que ocasionó una limitación de los aprovechamientos. Conforme a un viejo principio, lo que producía la marca debía ser aprovechado sólo en ella y por y para sus socios. De aquí la prohibición de sacar afuera pescado, fruta, carne, forrajes, etc., e incluso las herramientas y objetos fabricados con materiales extraidos de la Marca: los artesanos están obligados a ofrecer sus productos a los comarcanos, y sólo si a éstos no les interesan, están facultados para venderlos a los forasteros (29). Precisando de algún modo la serie de posibles aprovechamientos, son de enumerar:

a) Caza, pesca y colmeneo son los primeros elementos de la antigua propiedad germánica que corresponden libremente a los comarcanos. La única limitación que se encuentra citada en los más viejos testimonios es que los aprovechamientos habrán de reducirse a las necesidades propias, es decir, que las piezas cobradas no pueden venderse (30).

b) Los bienes subterráneos habían de correr un rumbo muy distinto al introducirse la libertad minera y, en su caso, el principio de la regalía de minas (31). De aprovechamiento comunal quedaron así muy pocas substancias, y de valor secundario, como arena, piedra, yeso, y en cuanto a su régimen se aplicaba el principio de que cada uno había de atenerse a sus propias necesidades.

c) Los aprovechamientos hidráulicos tardaron en alcanzar importancia excluyente, y sólo referidos a los riegos. Cuando el agua escaseaba, la determinación de las necesidades de cada comarcano

---

(29) Como observa MAURER (*Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland*, I, 1865-1961, pág. 211), el cierre de la marca —entendido en un sentido amplio, es decir, no sólo como entorpecimiento del tráfico comercial, sino como rigurosa limitación de admisiones de nuevos vecinos— había de producir, a la larga, más perjuicios que beneficios: "Toda sociedad o corporación que se cierre herméticamente hacia afuera lleva consigo el germen de su muerte, y tarde o temprano terminará por extinguirse; por esta razón, las marcas comarcanas, que así se cerraron, provocaron una aceleración de su propia decadencia: se convirtieron en asociaciones privatísticas y fueron absorbidas por los entes de naturaleza política que luego se formaron". Sobre las limitaciones generales de comercio, cfr. esta misma obra, págs. 313-317.

(30) Cfr. también MAURER, *Geschichte der Dorfverfassung...*, cit., págs. 270-280.

(31) La afirmación de las regalías produjo unas extraordinarias limitaciones, no sólo en las minas, sino en la generalidad de los aprovechamientos comunales. Cfr. MAURER, *Geschichte der Dorfverfassung...*, cit., pág. 205; y sobre los aprovechamientos mineros en general: págs. 290 y sigs.

correspondía a los Directores del Concejo o a especialistas nombrados por ellos (32).

d) Mayores dificultades había respecto a la siega de hierba. En su regulación se empleaban dos sistemas: uno, de libertad, limitada solamente por razones policiales y por el principio de la satisfacción exclusiva de las necesidades propias, al objeto de impedir su venta; y otro, mediante adjudicaciones directas: bien sea de porciones de terreno, que se amojonaban y sorteaban, bien mediante siega en común y sorteo de los lotes o montones de hierba que se hacían.

e) Prados. Cuando empezaron a hacerse escasos se instauró el principio de que sólo podían aprovecharse por los comumeros para sus propias necesidades (33), tal como se ha repetido, y por ello no se admitían ganados ajenos, que si eran sorprendidos, podían ser sacrificados en el mismo campo. En un sentido positivo se limitaba el derecho al ganado que se había criado en granja situada dentro de la marca, o al ganado que se había sostenido durante el invierno. Con los cerdos de ceba se señalaba una edad concreta de compra de los lechones, a partir de la cual se entendía que ya no habían sido criados en la granja propia.

Respecto a la forma de soltar el ganado, se prohibía el aprovechamiento individual (al contrario de la caza y de la pesca) y el ganado tenía que ir en rebaños comunales. El derecho a rebaño propio debía adquirirse a título singular, si es que no mediaba alguna concesión señorial.

Ahora bien, esta limitación de los aprovechamientos a las necesidades propias entraba en contradicción con el principio de igualdad, que también era aplicable, puesto que el prado había pertenecido originariamente por igual a todos los comuneros; mientras que si se manejaba el criterio de las necesidades propias, los ricos salían beneficiados en relación con los pobres, que tenían menos ganados. De aquí que a veces se impusiera el principio de que cada comunero, rico o pobre, sin consideración a sus necesidades, estuviese facultado para

---

(32) Cfr. también MAURER, *Geschichte der Dorfverfassung...*, cit., págs. 280-285.

(33) Tales necesidades propias eran medidas, desde que los aprovechamientos dejaron de ser ilimitados, no con criterios personales o familiares, sino objetivos, en razón del volumen de lo que hoy podría denominarse empresa agraria, y de sus exigencias. De aquí que este principio venía a identificarse con el de la proporcionalidad respecto a las propiedades individuales, que es el que se consagra en la legislación burgundia.

soltar la misma cantidad de ganado. A veces sucedía que en algunas especies de pastos predominaba el principio individual y en otras el colectivo: así en numerosas regiones de Suiza, donde los pastos alpinos de verano se repartían según las necesidades, y los de la *Allmende* invernal según el principio de la igualdad, que se encuentra consagrado en el viejo aforismo de que "en la *Allmende* el rico es igual que el pobre".

En algunos lugares se pretendía imponer el principio de la igualdad, disponiendo que sólo se podían soltar unos escasos animales, y que por el número que sobrepasara había de pagarse una contraprestación, siquiera fuera muy pequeña. En otros lugares habían de pagar una cantidad todos los que soltaban ganado; cantidad que luego se repartía entre los que no eran ganaderos. En otros sitios, en fin, se consentía que los que no tuviesen ganado pudiesen comprar una cantidad a fines de recría o de cebo, e incluso que lo tomasen en arriendo.

En una última fase las limitaciones hubieron de ser mayores, y terminó fijándose una cantidad máxima de ganado por vecino, llegando a configurarse algunos tipos ideales a la manera de acciones, que normalmente giraban en torno a una cabeza de vacuno (que equivalía a media caballar y a siete lanares) (34).

f) Los aprovechamientos forestales, que en un principio fueron libres, empezaron a verse limitados en razón a tres puntos de vista:

1. Por las necesidades económicas de cada miembro. Para cuya determinación se introdujo un control formal. El socio debía anunciar al funcionario su necesidad (lo ordinario es que esto sólo fuese preciso respecto a la madera, no respecto a la leña) quien, después de comprobarla, señalaba el sitio donde había de cortarse. Pero aún había más: sin perjuicio de esta previa comprobación de la necesidad, había un control posterior sobre la efectiva aplicación de la madera. Los troncos habían de ser retirados del bosque en un plazo determinado, para evitar que se pudriesen, y debían emplearse efectivamente en el fin para el que se habían solicitado.

2. Por el principio de la igualdad. En unos lugares se señalaban días concretos de corta, en otros se procedía a reparticiones de cuarteles o de lotes de madera cortada, y en otros se exigía un pago.

3. En interés de la conservación del bosque. Así fue desarrollándose una policía forestal. Los sitios que se señalaban para las cortas

---

(34) Cfr. también MAURER, *Geschichte der Dorfverfassung...*, cit., págs. 244-270.

habían de ser donde se hiciera menos daño al bosque, y algunas partes del mismo quedaban acotadas radicalmente *(Friedewälder)*. En estas zonas —determinadas por la naturaleza del terreno o por la de la especie forestal— se prohibía la introducción de animales, y también se imponían con frecuencia determinadas prestaciones positivas, como ciertos deberes de repoblación y, por descontado, la colaboración en la extinción de incendios.

La policía forestal del Estado o del príncipe no empieza a extenderse más que en el siglo XIX. Con anterioridad siempre había correspondido a los órganos comunales o a los del señor, cuando se trataba de lugares sujetos a señorío (35).

En una época posterior todas estas medidas fueron insuficientes (36) y hubo que acudir a fijar cantidades máximas de corta, ordinariamente con un criterio de igualdad, que por lo que se refiere a la madera se veía corregido por el de la necesidad, modificado por un tope máximo igualitario. En cuanto a las leñas, el criterio dominante era el de la igualdad.

2. *Aprovechamientos en beneficio de la comunidad.*

Junto a esta serie de aprovechamientos típicamente comunales de la *Allmende,* existen en todo momento otros que no benefician directamente a los vecinos individuales, sino a la colectividad en su conjunto. Lo que viene impuesto por la naturaleza unitaria que tienen estos bienes en su origen, antes de que se descompongan en bienes comunales en sentido estricto —para uso de los vecinos— y bienes de propios —para uso de la comunidad—. En esta fase lo mismo la

(35) MAURER, *Geschichte der Dorfverfassung...*, cit., I, págs. 215-219 y 221-223. Parece ser, además, que en estos últimos supuestos, aun reconociéndose al señor la propiedad de los bosques, no se admitía que fuera libre en la forma de los aprovechamientos, estando sujeto a las normas generales de policía e incluso a la previa autorización de los funcionarios del Concejo. Al menos ésto cuando ejerciere un derecho de la misma naturaleza (coderecho de aprovechamiento, reservado a sí mismo en el momento de conceder o reconocer los derechos de aprovechamiento de sus vasallos) que el de sus vasallos; pero no cuando se tratase de bosques exclusivamente reservados a él. Para los aprovechamientos bosquivos en general, cfr. esta misma obra, págs. 231-244.

(36) Por estar en relación inversa con la extensión de los bosques y directa con relación al aumento de población, fue muy diferente el momento en que todas estas limitaciones empezaron a ampliarse. Según MAURER *(Geschichte der Dorfverfassung...*, cit., I, página 214), en Baviera aún eran libres los aprovechamientos forestales en el siglo XVIII.

colectividad en su conjunto que cada individuo de ella obtienen de los bienes comunales o *Allmende* los productos que necesitan.

Por lo demás, el vinculo colectivo que une a los comarcanos rebasa con mucho la posibilidad de recoger frutos de la *Allmende:*

a) La primera manifestación de los aprovechamientos en beneficio de la comunidad entendida en su conjunto aparece en la construcción de obras comunales de todo tipo: caminos, plazas, puentes, etcétera, obras que, además, exigen la aportación de trabajo de los comarcanos en proporción a sus derechos comunitarios. En los casos extraordinarios, incluso, en que además de la aportación de terrenos, materiales y trabajo, era necesario dinero para estos fines, acudía la comunidad a dos medios: o enajenaba fincas comunales o disponía la entrega de cuotas, que ordinariamente tenían un carácter subsidiario y estaban además afectadas a la obra y, con frecuencia, se graduaban de conformidad con las ventajas que la misma iba a proporcionar a cada individuo; con lo cual se distinguían claramente de los impuestos ordinarios.

b) En el mismo sentido también se empleaban los bienes comunales para pagar a los funcionarios y servidores del Concejo. A veces se destinaban a ellos terrenos especiales, pero de ordinario consistían en la asignación de aprovechamientos a los que se daba el carácter de remuneración. En este punto deben comprenderse también las adjudicaciones a los clérigos y maestros (37).

c) Otras veces se empleaban con fines de carácter moral o religioso como protección de las mujeres embarazadas, pobres de pedir, huéspedes, entierro de transeuntes, etc., o entregas especiales, ordinariamente de productos leñosos, en circunstancias extraordinarias: fiestas, nacimientos, bodas, velatorio de cadáveres...

d) En ocasiones se arrendaban directamente los bienes comunales y con el importe de la renta se sufragaban gastos comunales. Ahora bien, esta forma de aprovechamiento no se distinguía de las demás en la concepción popular. La mejor prueba de ello era la tradicional costumbre de beberse luego en alegres reuniones colectivas el dinero sobrante.

---

(37) La importancia de estas asignaciones era muy grande, desde el momento en que hasta fechas relativamente recientes la remuneración de los funcionarios, y en especial de los locales, se hacia fundamentalmente en natura. Cfr. NIETO, *El mito de la Administración prusiana*, 1962, págs. 77 y sigs. ISAACHSON. *Die Geschichte des preussischen Beamtentums*, II (1878-1962), págs. 335 y sigs. Por lo que se refiere al punto concreto del texto, cfr. MAURER, *Geschichte der Dorfverfassung...*, cit., I, págs. 223-224, y para clérigos y maestros, págs. 226-227.

La significación futura de todo este tipo de aprovechamientos había de ser extraordinaria. Como se examina en otro lugar de esta obra, el desbordamiento de estas necesidades del Concejo, especialmente cuando se convierte en ciudad, combinado con una perceptible modificación de las economías individuales, que hace a los vecinos más independientes de los aprovechamientos de la marca, terminaría conduciendo a una metamorfosis de la propiedad comunal en una propiedad de la entidad local como persona jurídica.

3. *Limitación de los derechos particulares por el derecho colectivo.*

GIERKE ha puesto de relieve la estrecha interdependencia en que durante muchos siglos se han encontrado en Alemania los derechos particulares de los vecinos y el derecho colectivo de los mismos, es decir, a nuestros efectos, la existencia de una masa de bienes comunales, que es algo más que una simple riqueza puesta pasivamente a disposición de los comuneros, sino que actúa como el centro activo de toda la vida rural de la comarca, que se polariza en torno a ella y que, en consecuencia, influye y determina todos los derechos individuales. En otro lugar se ha ido viendo la influencia de los derechos particulares sobre el derecho colectivo (por emplear la terminolgía de GIERKE, fundamentalmente el condicionamiento y la medida de los aprovechamientos comunales por ciertos derechos individuales, vecindad, propiedad, etc.); ahora nos toca hacer un breve sumario de la otra cara de la cuestión, es decir, de la influencia del derecho comunal sobre los distintos derechos particulares, que se manifiesta en una fuerte limitación de los mismos (38).

a) Se va formando lentamente una policía corporativa que, invocando intereses colectivos, interviene en las más variadas facetas de las economías domésticas privadas. En relación con la vigilancia de los posibles despilfarros de madera comunal, fue apareciendo una policía de edificación y hornos, se limitó la actividad comercial y se sometió a la inspección comunal el ejercicio de poderes domésticos y la admisión y pago de asalariados, controlándose también el levantamiento de vallados y el sostenimiento de ganados.

b) Las facultades dominicales generales se limitaban en el sentido de que habían de desarrollarse por los cauces formales predeterminados por la corporación; tales facultades sólo eran reconocidas y únicamente podían ejercerse ante la Asamblea comunal, o sus ju-

---

(38) Cfr. GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht...*, cit., II, págs. 198 y sigs.

rados, hasta tal punto que con frecuencia se amenazaba con la pérdida de sus bienes corporativos a quien pretendía hacer valer sus derechos fuera de la corporación.

c) La venta de bienes particulares a quien no formara parte de la colectividad estaba en principio prohibida y, en todo caso, condicionada a una oferta previa a los socios. Su realización —no obstante estos obstáculos— podía significar que el comprador era admitido en la corporación.

d) La partición de la propia explotación particular estaba también limitada por medio de una correlativa limitación del derecho hereditario; la partición precisaba, en líneas generales, la aprobación de los miembros. Una limitación indirecta, pero muy eficaz, significaba el mantenimiento de la responsabilidad y de las cargas con un carácter solidario sobre todas las explotaciones con independencia de sus divisiones, de tal manera que cada parte era responsable del todo. La herencia correspondía, en principio, a los miembros de la familia —y en último extremo a los comuneros— conforme a las reglas propias de la comunidad.

e) La cesión (arrendamiento en la terminología moderna) de los bienes particulares a los extraños estaba, por descontado, muy limitada. En las normas tradicionales solía determinarse que era mejor que las tierras permanecieran nueve años perdidas, a ser entregadas a un extraño. La cesión debía hacerse con aprobación de los socios y debía seguirse el siguiente orden: primero ofrecerse al socio o comunero sin propiedades en la misma comunidad, luego a otro cualquiera de la misma marca y, en último extremo, a un extraño, previa aprobación de los socios.

f) Incluso era posible la pérdida de la propiedad particular por razones sociales. La situación primitiva era que la Corporación podía privar al miembro de su propiedad particular; pero luego se debilitó esta facultad, limitándose a la más simple de impedir los aprovechamientos comunales, si actuaba un comarcano con desobediencia o resistencia.

g) La mayor libertad se daba, naturalmente, respecto a los aprovechamientos; pero también aquí se deja notar la influencia colectiva: la finca existe precisamente para su explotación. El comarcano no puede, por ello, utilizarla a su capricho, sino con este objetivo determinado, al cual está incluso obligado. En ciertos lugares podía impelérsele a que entregase —con indemnización— las parcelas no cultivadas o los solares no edificados, si no se comprometía a realizar estas operaciones en un plazo concreto. Y en sentido contrario también se precisaba el consentimiento de los demás comarcanos (y en su

caso, el del señor) para proceder a nuevas edificaciones. Por otro lado, estaba obligado a conservar los edificios en buen estado, lo que suponía estar sometido al correspondiente control. Ahora bien, hay que precisar que el fundamento de todas estas limitaciones no era, como en las ciudades, la policía sino la relación de comunidad, ya que, por un lado, los materiales procedían de los bosques comunales y, por otro lado, el derecho a participar en las cosas comunes se deducía de la existencia de esa vivienda habitada.

h) Sabido es que una explotación rural consistía en bienes de distinta naturaleza: En primer lugar, el caserío *(Hof)* sobre el que se ejercían las facultades dominicales más intensas; en segundo lugar, las tierras de cultivo; y en tercer lugar las tierras comunales. Pues bien, incluso las dos primeras se veían intensamente influenciadas por el régimen corporativo o comunitario. En el caserío, por ejemplo, no se podía mantener el ganado que discrecionalmente se quisiera, sino solamente el que estuviese permitido soltar a los campos comunales; y ésto, incluso aunque se pretendiese mantener este ganado con régimen estabulado o sobre praderas propias, es decir, sin soltarle a las praderas de la *Allmende.*

i) El aprovechamiento exclusivo de las tierras particulares sólo se refería a la época en que los campos estuviesen arados y sembrados. Fuera de ella, volvían los campos al estado colectivo, utilizándose comunalmente —incluso los prados— desde la siega de la cosecha hasta la nueva siembra o el nacimiento de un nuevo brote de heno; y lo mismo sucedía con los barbechos, que habían de ser preparados conforme a un turno señalado. El aprovechamiento colectivo durante estas épocas de apertura es fundamentalmente pastueño; pero también son posibles otros, especialmente el de la caza, y en todo caso el propietario no puede tratar de impedirlos mediante zanjas o vallados. Todo lo cual es consecuencia del principio de que es el cultivo agrícola lo único que ha conseguido individualizar el vecino de la antigua situación colectiva total.

j) La vuelta al estado comunal es posible en todo momento: basta con que el campo quede sin cultivar durante un tiempo, y en él crezca el matorral, ya que el bosque —a diferencia de los campos— sigue siendo comunal por naturaleza. Se conocen diversos criterios tradicionales para fijar el momento en que el campo se ha convertido en bosque: uno es cuando un buey no puede ya doblar los nuevos troncos crecidos, otro se refiere a la altura del matorral, que basta con que alcance la espuela del jinete, tal como se expresa el viejo aforismo:

Reicht der Busch dem Reiter an die Sporen
dann hat der Bauer sein Recht verloren.

(Cuando la maleza inculta llega a las espuelas del jinete pierde el campesino su derecho.)

k) La forma de los aprovechamientos estába también regulada por la comunidad, bien mediante costumbres tradicionales, bien, a falta de ellas, mediante auténticos acuerdos. De esta manera la comunidad decretaba la apertura y cierre de los campos, el momento de la sementera y de la cosecha, y con el tiempo, incluso hasta el precio de los jornales. Además se controlaba la disposición de los cultivos a efectos del aprovechamiento de barbechos y rastrojos, y se habilitaban en su caso los pasos necesarios.

Conviene advertir, por último, que éste régimen estaba tan enraizado en la mentalidad campesina, como consecuencia de un sedimento de siglos, que incluso en aquellos casos en que jurídicamente no tenía explicación, por no tratarse de restos de una propiedad comunal, sino de modernas adquisiciones, se aplicaba voluntariamente sin admitir los principios romanos de la propiedad absoluta. En este sentido se ha afirmado antes que la comunidad actuaba de una manera positiva, como principio motor de una forma de vida. Los bienes comunales en el sentido moderno son sólo, por ello, una pálida muestra de la antigua propiedad comunal: lo único que ha permanecido ha sido la cáscara formal —más o menos amplia— pero se ha evaporado el régimen comunitario o corporativo característico de la vida rural alemana hasta la Edad Moderna.

Con ésto no se trata, ni mucho menos, de resucitar un ideal comunista propio de la Edad de Oro, tal como soñaban los historiadores románticos del siglo pasado (y GIERKE no se encuentra libre de esta sospecha), sino de constatar una estructura y organización agraria fuertemente influenciada por elementos corporativos o comunitarios, que una vez desaparecidos, dejaron como reliquia una parte de su objeto material: los bienes comunales. Sin perjuicio, claro está, de que circunstancialmente se haya conservado no sólo el soporte material de la comunidad, sino también, y en buena parte, una cierta organización comunal, como sucede en algunos cantones suizos en la actualidad o, por lo menos, en un pasado inmediato (39i .

---

(39) GIERKE (ob. cit., págs. 220 y sigs.) nos trae varios ejemplos para probar esta particular mentalidad jurídica de los campesinos: en 1536, el Concejo de Toess, en Zürich, compró al Monasterio de Taetnow un conjunto de derechos, y los vecinos decidieron proceder a la partición del territorio recién adquirido, al menos las tierras cultivables, porque una parte del bosque quedó indiviso. Pero no obstante que sobre él se admitió una propiedad completa, las limitaciones comunales fueron muy intensas. Por lo pronto, se estableció el pastoreo colectivo; levantadas las cosechas, cada familia podía mantener el

4. *Un ejemplo del siglo XVIII.*

En el siglo XVIII la intervención de los Príncipes, que en otro lugar hemos estudiado, redujo extraordinariamente la autonomía de las corporaciones, y los aprovechamientos comunales fueron regulados mediante ordenanzas estatales, sin perjuicio del innegable peso que conservaban las normas consuetudinarias. Como ejemplo de este tipo de Ordenanzas puede citarse la *Commun-Ordnung* de 1. 6. 1758 del reino de Württemberg (40), que dedica a esta materia dos secciones de su capítulo tercero:

Sección 5. Art. 2. Las autoridades del Concejo deben determinar y registrar cuánto ganado puede soltar en los prados comunales cada ciudadano, sea terrateniente o no, lo que resolverá teniendo en cuenta el número de vecinos.

Art. 3. Si el prado pudiese todavía mantener más ganado y alguno de los vecinos decidiera con fines de lucro soltar más reses, puede autorizársele, pero imponiéndole una pequeña contraprestación.

Art. 4. Ningún pastor comunal puede admitir, so pena de multa, más ganado, sea local o forastero, del que el prado pueda mantener y esté autorizado.

Art. 5. Se dispondrán rebaños separados de cerdos y gansos.

---

ganado necesario para su economía doméstica, pero sólo podía soltar tres cabezas de ganado gratuitamente. Los riegos, caminos, cultivos, etcétera, son regulados por la colectividad. Las parcelas que por suerte habían correspondido debían permanecer en la misma situación: no se permitían ni talas ni variaciones de cultivos ni menos edificaciones sin autorización de la comunidad. Lo mismo sucede en 1303, cuando el Abad y los comarcanos de Wadenhart deciden repartir los campos, pero, al mismo tiempo, determinan que ninguna de las partes repartidas de bosque pueden ser cercadas, puesto que deben permanecer abiertas al pastoreo *(ut communibus pascuis pecora libere possint uti)*. En ocasiones no se hacen las reparticiones con entrega de propiedad, aunque tampoco con rápida periodicidad, sino con carácter vitalicio o por un tiempo determinado, según las necesidades del cultivo (viñedos, etc.). Esta fue una de los formas más extendidas de aprovechamiento. El campo volvía a la comunidad al transcurrir cierto tiempo, o antes, si el particular no le empleaba para los fines señalados.

(40) *Apud* WEISSER, *Das Verwaltungs- Edikt für die Gemeinden, Oberämter und Stiftungen im Königreiche Württemberg*, 2 ed., Stuttgart, 1844.

Art. 9. El ganado vacuno podrá permanecer en los prados comunales de primavera hasta el primero de mayo y el lanar, hasta el uno de marzo.

Sección. 7. Art. 2. Nuestras autoridades forestales y sus subordinados no deben molestar de ninguna manera a los vecinos cuando recojan leñas especialmente cuando no haya escasez de madera, ni dificultarlas ni hacerlas costosas, o limitarselas de alguna manera para que lleguen a un acuerdo provocado por mis servidores con intenciones egoistas, o causarles gastos innecesarios, pues asi no me veré obligado a aplicar castigos ejemplares a los culpables.

Art. 4. (Se prohiben los vedados innecesarios de ganado por parte de los guardas forestales).

Art. 10. Se autoriza para coger frutos silvestres y se prohibe a los guardas forestales el que lo impidan.

(En general la Ordenanza parece estar hecha para proteger a los súbditos contra los abusos de los guardas, en este sentido se insiste en los artículos 11, 12, 13 y 14).

Art. 15. Donde no haya escasez de leñas, pueden hacer los súbditos cortas anuales, conforme a su tradición. Pero donde los bosques se hayan reducido tanto que pueda temerse por su futura desaparición, de tal manera que se perjudique a las generaciones futuras, la Administración forestal determinará si y en que manera podrán realizarse los aprovechamientos para que no se produzca la ruina de los bosques. Si la Comuna estima que las limitaciones de la Administración forestal son excesivas, puede recurrir a la Cancillería, quien enviará comisarios imparciales, a costa del que pierda, quienes decidirán. Anualmente la Administración forestal redactará un informe con las listas de peticionarios admitidos, cantidades y tiempo de los aprovechamientos.

Art. 16. Las adjudicaciones no han de hacerse por árboles, sino que, de ser posible, se harán las cortas por obreros especializados, y luego se repartirán sus productos.

Art. 17. La repartición puede hacerse por sorteo, en el que participarán, pero sin ningún privilegio, los funcionarios y los servidores de la Iglesia y de la escuela.

Art. 22. Los productos obtenidos ingresarán integramente en las Cajas comunales.

5. *El siglo XIX.*

A partir del siglo XIX el problema de los aprovechamientos comunales cambia de nuevo radicalmente de aspecto. Ya hemos visto que en el reino de Prusia y en general en la Alemania del Norte han desaparecido por competo. En Alemania del Sur, Austria y Suiza aún permanecen, y a estos países hemos de limitar nuestras referencias. En general la intervención estatal es intensa y la regulación de los aprovechamientos cada vez más minuciosa. Pueden citarse los ejemplos siguientes:

Württemberg: General-Decret des Ober-Landes-Oekonomie Collegium de 4 de noviembre de 1808:

Art. 1. Las Allmende muy alejadas de los pueblos deben ser distribuidas en grandes parcelas y arrendadas.

Art. 2. La repartición de las grandes parcelas no debe hacerse de una vez, sino a medida de las necesidades de los vecinos.

Art. 3. Una parte de las porciones dadas en cultivo debe dedicarse al pago de los funcionarios comunales, especialmente de los maestros.

Art. 4. Debe reservarse una parte para el ganado joven.

Art. 5. Las parcelas no adecuadas al cultivo, especialmente en las proximidades de los bosques, deben reservarse a la repoblación forestal.

Art. 6. Los campos de la Allmende no deben entregarse en propiedad, sino sólo para aprovechamiento vitalicio de los vecinos y mediante el pago de un canon a la *Gemeinde*. A la muerte del vecino o de su viuda revierte la parcela a la Comuna, que la volverá a adjudicar al primer vecino posteriormente incorporado.

Art. 8. Todos los vecinos tienen iguales derechos.

En las *Provincias occidentales prusianas* las diferentes *Städteordnungen* del siglo XIX remiten sin excepción los aprovechamientos comunales a las Ordenanzas locales:

Las participaciones que corresponden a los vecinos en los aprovechamientos comunales, en cuanto no se apoyen en un título jurídico especial, pueden ser condicionadas por la ordenanza local al pago de una contraprestación.

Por lo que se refiere a la administración especial de los objetos específicos patrimoniales comunales —o gremiales, pero sometidos a la Administración comunal— lo determinará la Ordenanza local.

(Art. 48 de la Ordenanza de Westfalen de 19.3.1856; arts. 52 y 53 de la Ordenanza de Hessen-Nassau de 4. 8. 1897; arts. 20 de la Ordenanza local de Schleswig-Holstein de 14.4.1869, y de la Provincia renana de 15. 5. 1856) (41).

Comentando estas normas DIERKES y KLEINSOR hacen las siguientes advertencias (págs. 315 y ss.):

La administración de los bienes comunales corresponde a la *Gemeinde* mediante acuerdo del Consejo. Los vecinos tienen derecho al aprovechamiento de estos bienes o a sus productos bien sea en natura o en dinero. Mientras el acuerdo municipal está vigente, tienen los vecinos un derecho público a estos aprovechamientos, que pueden ejercitar frente a terceros y frente a la *Gemeinde*, pero sólo en base y mientras subsista el acuerdo. Respecto de la Corporación, sólo tienen una esperanza *(Hoffnung)* y no un derecho a que no modifique la constitución que les permite seguir aprovechando. Y si aquélla lo hace, no lesiona los derechos particulares, ya que sólo se basaban en la voluntad de la Corporación y no en otras relaciones jurídicas. Distinto es el caso de cuando los aprovechamientos se deducen de convenios o de derechos especiales, derechos adquiridos. En este caso la *Gemeinde* está obligada a respetarlos, pero su validez no se supone por la simple existencia de los aprovechamientos, sino que ha de probarse la obligación de la *Gemeinde* de respetarlos.

En cuánto a los bienes comunales propiamente dichos *(Gemeindegliederklassenvermoegen)*: la propiedad corresponde a la *Gemeinde* y los derechos de aprovechamiento no a todos sus miembros, sino solamente a una determinada categoría. El derecho a la participación está determinado por normas jurídico-públicas y también por la Ordenanza local. Por cuya razón no puede ser limitado o sostenido por convenios privados. Las condiciones para el ejercicio pueden ser variadas, haciéndose depender de la propiedad territorial o urbana, o de tener vivienda "dentro de la muralla", etc.; pero no de una religión determinada, ya que iría esta norma en contra de la Constitución. La administración corresponde a la *Gemeinde* en cuanto propietaria. Y en cuanto tal tiene la obligación de conservarla en buen orden y no tiene el derecho de disminuir o suprimir los aprovechamientos. Además, todos los acuerdos precisan la aprobación de los beneficiarios, especialmente

(41) *Apud* J. DIERKES y F. J. KLEINSOR, *Kommentar der westlichen Städteordnungen Preussens,* 1933.

su transformación en bienes de propios. A los beneficiarios corresponde un derecho a los aprovechamientos, no a la substancia. Los ingresos no pueden ir a parar a la Caja municipal, sino que han de entregarse a los beneficiarios.

Al terminar el siglo, subrayando BUECHER (42) la diferente situación en que se encuentran a este respecto los paises del Norte y del Sur de Alemania, pone de relieve que el régimen de aprovechamientos de los bienes comunales suele ser bastante parecido en Suiza y en Alemania del Sur: una Ordenanza general y, más detalladamente, ordenanzas locales. Por lo demás, los prejuicios tradicionales van desapareciendo: así, la ilegitimidad de nacimiento y la necesidad de ser cabezazs de familia, frente a lo que se va imponiendo el aprovechamiento por cabezas. También empieza a desaparecer el respeto a los derechos de los ausentes, ya que hay grandes abusos en las *Gemeinde* en las que se reparte dinero.

La legitimación suele concederse a los vecinos con más de veinticinco años, que residan y tengan hogar propio. Las viudas suceden al marido en sus derechos. El derecho a los aprovechamientos en la *Allmende* no es enajenable a no ser que dependa de un cortijo, en cuyo caso puede venderse con éste. En general se va abandonando la idea tradicional de que se trata de una institución de beneficencia y a lo que se tiende es a proporcionar las bases de una economía doméstica sana.

A principios de siglo el legislador adquiere conciencia dogmática del viejo problema de si los aprovechamientos comunales constituyen una (co)-propiedad o una servidumbre sobre cosa ajena y, en definitiva, termina triunfando esta segunda tesis (43) bajo la fórmula —que haría fortuna— de que "la propiedad corresponde al Municipio, pero los aprovechamientos a los vecinos individuales". Por otro lado, conforme avanza el siglo, va borrándose el principio de la identificación entre vecino y beneficiario, que fue sustituido por el de la exigencia de un título jurídico especial e incluso por la radical prohibición de la ampliación del número de beneficiarios.

---

(42) *Staatslexicon... Voz "Allmende"*, pág. 246.

(43) Cfr. HELMREICH-WIDTMANN, *Bayerische Gemeindeordnung. Komentar*, 2 ed., 1959, págs. 497 y sigs.

6. *Régimen actual.*

En la actualidad encuentran los aprovechamientos comunales una sumaria regulación en los ordenamientos locales de los diferentes Estados (Länder).

a) Para Baden-Württemberg, el artículo 83 de su *Gemeindeordnung* de 25. 7. 1955 dispone un respeto a los derechos de los vecinos sobre el patrimonio comunal, que se encuentran limitados, sin embargo, de la siguiente manera: 1) La reglamentación de los aprovechamientos corresponde al Municipio, y si algún vecino incumple gravemente sus deberes, puede ser privado de sus derechos sin indemnización alguna. 2) Los bienes de propios *(Gemeindevermögen)* no pueden convertirse en comunales *(Gemeindegliedervermögen)*, ni éstos en propiedad particular. 3) El valor de los aprovechamientos que corresponden a cada vecino no puede ser aumentado. 4) En municipios de más de tres mil vecinos no puede admitirse a otros nuevos en el derecho a los aprovechamientos. 5) Los lotes que por cualquier causa quedan vacantes se integran en los bienes de propios. 6) En todo momento pueden ser expropiados mediante la debida indemnización.

b) La *Gemeindeordnung* de Hessen de 25. 2. 1952 (reformada en 10. 7. 1953 y 6. 7. 1954) regula este punto de una manera similar, aunque todavía más suscinta, en su artículo 96.

c) Y en igual sentido la de Niedersachsen de 4. 3. 1955 (reformada el 16. 6. 1960) en su artículo 87.

d) Para Nordrhein-Westfalen es de aplicación el artículo 66 de su ordenanza de fecha 28.10.1952 (reformada el 9.6.1954).

e) El artículo 80 de la *Gemeindeordnung* para Schleswig-Holstien de 24. 1. 1950 (reformada el 29. 1. 1955) reproduce con ligeras variantes el correspondiente de la de Nordrhein-Westfalen.

f) Más detallista —como corresponde a una región en la que los bienes comunales tienen una mayor importancia— es la *Gemeindeordnung bávara* de 25. 1. 1952 (reformada en 26.11.1954 y 23.7.1955) en la que sólo se reconocen los derechos basados en un título jurídico especial o en el ejercicio durante los treinta años anteriores a la publicación de la Ordenanza (art. 68,2). Pero no se admite la constitución de nuevos derechos (art. 67,1). Los bienes comunales pueden extinguirse a petición de los beneficiarios o mediante expropiación. En uno y otro caso se garantiza una indemnización que, en principio, se calcula capitalizando al cuatro por ciento las rentas anuales que por los aprovechamientos se abtengan (art. 70). En caso

de litigio sobre la procedencia de la disolución, resuelve un órgano especial, formado bajo la presidencia de un funcionario e integrado por representantes del Municipio, de los beneficiarios, de los corporaciones profesionales y del Ministerio de Agricultura.

III. SUIZA

A fines del siglo pasado informaba GIERKE (44) que en los llamados alpes capitales *(Kapitalalpen)* aún se mantienen casi inalteradas las formas corporativas que proceden del siglo XIV y que presentan notables analogías con una sociedad por acciones. Se forman partes ideales determinadas sobe el apovechamiento de los campos que se encuentran en propiedad colectiva o sobre los derechos de aprovechamiento común. Estas partes de aprovechamiento *(Kihheffen, Alprechte, Graefe, Stoesse...)* se fijan conforme a un número y extensión, en cuanto mediante un preciso cálculo de los campos, según la cantidad de ganados que en ellos puedan veranear, se determina su valor y se reparte en cuotas ideales, cuya unidad corresponde a las necesidades de forraje de una vaca durante el verano, mientras que las necesidades de los demás ganados se fija de una vez para siempre en una proporción respecto a dichas cuotas.

Estas partes de aprovechamiento son enajenables, heredables, partibles, acumulables; pero con ciertas limitaciones: a veces se prohibe la venta a extraños, se impone un límite a la acumulación y a la partición, y las ventas deben ser inscritas en libros especiales.

IV. AUSTRIA

La regulación de los aprovechamientos comunales aparece con todo detalle en la Ley Comunal de 1878 (45). Pero con anterioridad a ella nos es conocida una Circular del Ministerio del Interior de 11 de diciembre de 1850, cuyo articulo 6 se ocupa de los bienes

---

(44) *Das deutsche Genossenschaftsrecht,* cit., I, págs. 611 y 612. Cfr., además, lo ya dicho en otro lugar sobre el carácter real y privado de las modernas instituciones comunales suizas.

(45) Su texto puede consultarse, ligeramente comentado, en *Das Gemeindegesetz vom 5.3.1862,* 6 ed., Wien (Manzsche Hof-Verlags-und Universitäts-Buchhandlung).

comunales (que denomina *Gemeindegut* en sentido propio): Pertenecen a la *Gemeinde,* pero su uso es para los vecinos de la misma. Entre ellos se encuentran las praderas comunales, en cuanto cada vecino puede soltar allí su ganado. E igualmente los bosques, prados, etc., cuando su aprovechamiento se reparte entre los vecinos. Si los productos exceden de las necesidades, ingresarán en la Caja Comunal, lo cual no altera su naturaleza y sigue siendo *Gemeindegut,* ya que su fin principal es servir al uso de los vecinos.

Por su parte, el artículo 66 de la Ley citada dice así: "En relación a la participación en los productos y aprovechamientos de la propiedad de la *Gemeinde* y a su medida, se estará al ejercicio tradicional no discutido, con la limitación, no obstante, de que, mientras no haya un título jurídico que autorice una excepción, ningún vecino podrá obtener mayores aprovechamientos naturales que los que precise para su casa y explotación.

No existiendo aprovechamientos tradicionales o siendo discutidos, se decidirá por acuerdo de la *Gemeinde.*

El aprovechamiento puede condicionarse al pago de un canon anual.

Los productos que sobren después de cubiertas las necesidades ingresarán en la Caja Comunal (46).

V. ITALIA

En este país la problemática de los bienes comunales se centra fundamentalmente en la peculiar institución de los *usi civici.*

1. Los usos cívicos consisten, en líneas generales, en la facultad que corresponde a los vecinos de un lugar de disfrutar en determinadas condiciones las tierras del Municipio, de otros entes o incluso de individuos particulares. Pueden considerarse como un modo especial de poseer y su contenido puede ser variado: *ligna incidere,*

---

(46) Este artículo se encuentra reproducido en las siguientes *Gemeinde Anordnungen,* que se dictaron en desarrollo de la Ley comunal: 10.7.1863: Istrien (63); 14.11.1863: Bukawina (63); 15.11.1863: Schlesien (63); 15.3.1864: Börz (63); 16.4.1864: Böhmen (70); 22.4. 1864: Vorarlberg (63); 2.5.1864; Salzburg (64); 2.5.1864: Steiermark (60); 3.7.1864: Dalmatien (72); 9.1.1866: Tirol (63); 17.2.1866: Krain; 12.8.1866: Galizien y Krakau (68).

spicas colligere, armenta pascere ad proptum et unicum usum, ius calcis colquedae, glandis legendae, pecudum ad acquam appulsus, etcétera (47).

Según las regiones, varían estos usos de nombre y aun de naturaleza: En Cerdeña son tradicionales los *ademprivii* (de claro origen aragonés) y *cussorgia.* Los primeros, referidos a bosques, consisten en la facultad de sacar maderas y leñas, y referidos a parcelas cultivables, en la de alternar el cultivo y los pastos. *Cussorgia* es la ocupación realizada con consentimiento del propietario sobre bienes de ademprivio, adoptando ordinariamente la forma de una concesión *iure servitutis.*

Característico del Véneto son el *pensionatico* (derecho de pastos) y más aún el *vagantivo,* o derecho de deambular libremente por las tierras incultas y palúdicas, ejercitando la caza y la pesca o recogiendo cañas y demás productos silvestres.

En el Lacio, con un marcado sentido social de la propiedad, sostenían los campesinos el derecho a labrar y sembrar los campos dejados incultos por el propietario, o pertenecientes a la comuna.

En las provincias meridionales se denominan *promiscuos* los derechos de uso que los habitantes de una Comuna tienen sobre terrenos radicantes con otras distintas.

A partir del siglo XIX la legislación se ha esforzado en unificar estas variedades regionales, y aun locales, encajándolas en clasificaciones de orden lógico.

Así, en el Real Decreto de Joaquín Napoleón de 10 de marzo de 1810 (48) se ordenaba a los *usi civici* en tres grupos: esenciales, cuando se refieren a un uso personal estricto y necesario para el mantenimiento de los ciudadanos; útiles, cuando tienen, además, un

---

(47) GRANITO, *Usi civici,* Ed. Vallardi, Milano, s. a., pág. 54, a quien seguimos aquí fundamentalmente. La literatura italiana sobre los *usi civici* es inmensa, prácticamente inabarcable. Recientemente se está realizando una meritoria compilación de índices bibliográficos, según un criterio histórico, y que ya ocupa dos volúmenes (cfr. mi recensión a FIORELLI, BANDINI y G. ROSSI "Bibliografía del Diritto Agrario intermedio", 1962, en el núm. 42 de la *Revista de Estudios Agro-sociales,* 1963). De entre las monografías, es imprescindible, además del trabajo de GRANITO, *Gli usi civici,* 1963, de TRIFONE, obra puesta al día, pero referida más bien a la legislación vigente y sin excesivas preocupaciones dogmáticas.

(48) En cuyo artículo 11, por cierto, se les consideraba "como reservas más o menos amplias del dominio, que los pueblos ejercían sobre las tierras, o como reservas hechas por el concedente para facilitar a los pueblos los medios de subsistencia".

objetivo industrial; y dominicales, cuando abarcan participaciones en los frutos o en el dominio de un fundo.

En el capitulo IV de la vigente Ley de 16 de junio de 1927 se reducen a dos estas categorías: esenciales, cuando su personal ejercicio se reconozca necesario para las necesidades de la vida, y útiles, cuando tengan de modo preferente caracteres y fines industriales.

La doctrina tradicional ha venido asignando siempre a estos usos el carácter de un derecho natural: por un lado, en razón a que de ordinario no estaban reconocidos en el derecho positivo, y por otro, y fundamentalmente, por cuanto aseguraban a los pueblos los *elementa naturalia aliaque ad humanum usum necessaria*, o, dicho con otras palabras, *ne cives et incolae inermen vitam ducant.*

Ahora bien, en los últimos años se empieza a poner en duda esta afirmación dogmática. En 1938, con ocasión del Segundo Congreso Nacional del Derecho Agrario, G. DATO (49) sostuvo que "los usos cívicos a diferencia de la propiedad privada que tiene verdaderamente el carácter de una necesidad perpetua, representan los medios de subsistencia de la población en determinadas condiciones sociales. Si se modifican estas circunstancias, puede desaparecer la necesidad de los usos cívicos, y el ejercicio de los mismos puede hacerse a veces imposible" (50).

El origen de estos usos es un tanto incierto. Como ya hemos tenido ocasión de ver, la mayoría de los autores los remontan a la época feudal, sin que hayan faltado, en la segunda mitad del siglo XIX, quienes los consideren restos de la pretendida primera propiedad colectiva, y últimamente, quienes admitan sus antecedentes romanos (51).

---

(49) "Per una riforma della legislazione sugli usi civici", *Rivista di Diritto Agrario*, 1938, pág. 489.

(50) La naturaleza insnaturalística de los *usi civici* sigue encontrando un mantenedor en TRIFONE ("Intorno ad alcune critiche alla legge sul riordinamento degli usi civici", en *Rivista di Diritto agrario*, 1955, I, págs. 260 y sigs.) invocando al efecto las doctrinas de DE LUCA y Andrea D'ISERNIA. Pero parece ser que incluso este argumento ha dejado de ser válido. Primero CASSANDRO (*Storia delle terre communi e degli usi civici nell'Italia meridionale*, 1943, págs. 247 y sigs.) y luego Guido ASTUTI. ("Una curiosa polémica in tema di usi civici" en *Rivista di Diritto agrario*, 1956, I-II, págs. 64 y sigs.), sostienen que lo que afirman los juristas napolitanos, no es que los vecinos ejerzan sus derechos *iure naturale*, sino *iure propio*, lo que evidentemente no es lo mismo. Además —y esto es definitivo—, el ordenamiento jurídico vigente rechaza concretamente este pretendido carácter iusnaturalista de los *usi civici*.

(51) Cfr. sobre este punto TRIFONE, *Gli usi civici*, cit., págs. 5

2. No menos incierta es su naturaleza jurídica moderna, hasta tal punto que muchos autores consideran totalmente inútil la tarea de su determinación. GRANITO se ha esforzado en ir separando esta figura de otras similares, con las que ocasionalmente ha sido confundida.

a) En primer lugar, debe ser rechazada la tesis, sostenida bajo la influencia del derecho romano por algunos viejos jurisconsultos, de que se trata de actos simplemente tolerados por el propietario, con lo que se coloca al poseedor en una relación de precario.

b) Tampoco es admisible la tesis de que se trata de meros derechos naturales, en el sentido de la doctrina intermedia (ANDREA D'ISERNA, Cardenal DE LUCA).

c) Más modernamente casi llegó a imponerse la tesis de la servidumbre:

1) Esta es la posición ordinaria del siglo XIX, que les configura sobre las mismas bases del derecho justinianeo. 2) Doctrinalmente (RAFFAGLIO) entendidos como una servidumbre personal constituida a favor de los vecinos. 3) Sin que falten casos en que se les considere como auténtica servidumbre real, vista la falta de identificación de esta figura con la de las servidumbres personales clásicas, que se extinguen con la persona a cuyo favor se constituyen, mientras que aquí subsisten con el paso de las generaciones. 4) De aquí que se defendiera también su carácter mixto, puesto que *debentur a re personis*. "La analogía con la servidumbre —resume, sin embargo, GRANITO, en contra de todo lo anterior (pág. 67)— es sólo aparente, ya que no puede concebirse una servidumbre que siendo indivisible, corresponda al mismo tiempo al ente comunal y a los miembros individuales. Aquí el uso no se extingue con los individuos, sino que se renueva con el nacimiento de otros, teniendo, por tanto, un carácter perpetuo, eminentemente público".

d) También cabe la posibilidad —y así se ha hecho en ocasiones— de identificarlos con los derechos de uso y usufructo. Aunque con notables matizaciones, es un hecho que VENEZIAN realiza su estudio en su citada obra sobre *Usufructo, uso y habitación*.

e) Hoy parece haberse impuesto la tesis de que no se trata de una simple limitación de la propiedad ajena, de un *iura in re aliena*, sino que constituyen un auténtico dominio, que por la calidad especial de sus titulares ha de ser un condominio.

---

y sigs., y, en general, la bibliografía correspondiente en el citado repertorio de FIORELLI, BANDINI y GROSSI.

Esta tesis, por lo demás, es bien antigua, habiendo sido sostenida con todo rigor por los juristas clásicos (52), y ha sido, además, la recogida por la legislación vigente (53).

f) De retener es, por último, la conocida tesis de la llamada escuela napolitana clásica de que los bienes en cuestión pertenecen al Municipio *quoad propietas* y a los vecinos *quoad usum.*

3. La legislación vigente está constituida en lo fundamental por la Ley de 16 de junio de 1927, cuyas líneas generales son las siguientes:

Se declara la extinción de las comunidades generales de condominio (que son las constituidas sobre todo el territorio de los Municipios participantes) y de todas las comunidades particulares (que son las que únicamente afectan a partes del territorio) sean por condominio o por servidumbre. El modo de proceder a la liquidación será atribuir a cada Municipio en plena propiedad una parte de las tierras en proporción al valor y extensión de sus antiguos derechos, y teniendo en cuenta, además, la población, el número de ganados y las necesidades de cada Municipio (art. 8, 2).

Se abolen sin compensación las comunidades generales por servidumbres recíprocas y las comunidades particulares no establecidas en terrenos comunales (art. 8, 1).

Se exceptúan de la división los terrenos que hayan sido mejorados por el propietario de una manera sustancial y permanente, así como aquellos que por su extensión no sean agrupables en una unidad agraria independiente; pero serán gravados con un canon anual de naturaleza enfitéutica a favor del Municipio (art. 7).

También se prevén otras excepciones en consideración a las necesidades de la economía local (art. 8, 4).

Los terrenos asignados a los Municipios (o asociaciones) se clasifican en dos grupos: los destinados a bosques y pastos permanentes, y los destinados al cultivo agrario (art. 11). Estos últimos serán repartidos a título enfitéutico (art. 19) y mediante el pago de un

---

(52) Así Capobianco: *iste usus est a natura insitus; non debetur iure servitutis, sed est pasivitas, ut alter in alterius demanialibus usum habet (Apud* Granito, pág. 69, quien sostiene también la tesis del condominio).

(53) El Decreto-ley de 1924 —nos informa Trifone, uno de sus redactores *(Gli usi civici,* cit., pág. 40)— "consideró los usos cívicos, cualquiera que fuere su origen, como derechos de condominio y no como servidumbres, siendo, por tanto, una materia regulable con normas de derecho público".

canon (art. 20) entre las familias de los cultivadores directos del Municipio, dándose preferencia a los que tengan menos propiedades (art. 13). No habiendo tierras para todos, podrá procederse a la adjudicación por sorteo (art. 22).

Los terrenos de uso cívico de los Municipios deben quedar abiertos al uso de todos los vecinos del Municipio. Cuando por disposición especial de leyes anteriores o por sentencia haya sido asegurado un derecho particular a una categoría determinada de personas, el Ministerio de la Economía Nacional, de acuerdo con el Ministerio del Interior, podrá determinar lo que según las circunstancias considere oportuno (art. 26).

Para la ejecución de la ley y de sus reglamentos se nombran unos funcionarios especiales —comisarios— con funciones administrativas y jurisdiccionales (art. 27); siendo de cuenta del Estado los gastos que con tal motivo se produzcan (art. 38).

CAPITULO XIV

FORMA DE LOS APROVECHAMIENTOS

I. Textos legales.

II. La vecindad como presupuesto de los aprovechamientos comunales.

III. Explotación colectiva o comunal.

IV. Adjudicación por lotes o suertes.

V. Adjudicación en pública subasta.

VI. Aprovechamientos madereros que exigen una vecindad especialmente cualificada.

VII. El principio de la gratuidad.

VIII. Ordenanzas de aprovechamientos.

IX. Organización administrativa.

X. Regulación jurídica y regulación técnica.

XI. Aprovechamientos especiales.

I. TEXTOS LEGALES

Para mayor comodidad del lector se reproducen a continuación los textos legales más importantes en relación con el tema de la forma en que han de realizarse los aprovechamientos comunales, y cuyo manejo es constante en el presente capítulo.

A) *Ley de Régimen local.*

Art. 192. 1. El aprovechamiento y disfrute de bienes comunales se efectuará en régimen de explotación colectiva o comunal cuando tal disfrute sea practicable.

2. Cuando el disfrute general y simultáneo de los bienes comunales fuera impracticable, a falta de costumbre o reglamentación local, se adjudicará su aprovechamiento, por lotes o suertes, a los vecinos cabeza de familia, en proporción directa al número de familiares que tengan a su cargo e inversa de su situación económica.

3. Si esta forma de aprovechamiento fuera imposible, el Gobernador civil podrá autorizar la adjudicación del disfrute y aprovechamiento en pública subasta, mediante precio, prefiriéndose en igualdad de condiciones a los postores vecinos sobre los forasteros.

4. Los Ayuntamientos y Juntas vecinales que viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de montes comunales, mediante concesiones periódicas a los vecinos de suertes o cortas de madera, de acuerdo con normas consuetudinarias o reglamentaciones locales tradicionalmente observadas, podrán exigir a aquéllos, como condición previa para participar en los aprovechamientos forestales indicados, determinadas condiciones de vinculación, arraigo, permanencia o edad, según

costumbre local, siempre que estas condiciones singulares y la cuantía máxima de las suertes o lotes sean fijadas en Ordenanzas especiales, que necesitarán para su puesta en vigor la aprobación del Ministerio de la Gobernación, el cual la otorgará o la denegará, oído el Consejo de Estado.

Art. 193. En casos extraordinarios, y previo acuerdo municipal adoptado por las dos terceras partes de concejales, podrá fijarse una cuota anual que deberán abonar los vecinos por la utilización de lotes que se les adjudiquen, para compensar estrictamente los gastos que se originen por la custodia, conservación y administración de los bienes.

Art. 195. 1. No implicará enajenación ni gravamen las concesiones de parcelas de terrenos del Patrimonio municipal a favor de vecinos braceros, aunque el disfrute de éstos haya de durar más de diez años, ni las que se otorguen a vecinos para plantar arbolado en terreno del mismo Patrimonio no catalogados como de utilidad pública.

2. Dichas concesiones habrán de ser otorgadas por el Ayuntamiento pleno, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus componentes.

3. Los vecinos concesionarios se harán, en todo caso, dueños del arbolado que cultiven, y durante los cinco primeros años podrán acotar las parcelas plantadas, para preservarlas de los ganados. Si esta acotación perjudicara aprovechamientos comunales y hubiera reclamaciones de vecinos, quedará en suspenso la concesión hasta que sobre ella recaiga nuevamente acuerdo del Ayuntamiento pleno.

B) *Reglamento de Bienes.*

Art. 77. 1. El aprovechamiento y disfrute de bienes comunales se efectuará precisamente en régimen de explotación común o cultivo colectivo.

2. Sólo cuando tal disfrute fuera impracticable, se adoptará una de las formas siguientes:

a) Aprovechamiento peculiar según costumbre, o reglamentación local; o

b) Adjudicación por lotes o suertes.

3. Si estas modalidades no resultaren posibles, se acudirá a la adjudicación directa mediante precio.

Art. 78. Cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las reglamentaciones locales o normas consuetudinarias, tradicionalmente observadas, o a las que, cuando fuere procedente, apruebe el Ministro de la Gobernación, en cada caso oído el Consejo de Estado.

Art. 79. La explotación común o cultivo colectivo consistirá en el disfrute general y simultáneo de los bienes por quienes ostenten en cada momento la cualidad de vecino o cabeza de familia.

Art. 80. 1. La adjudicación por lotes o suertes se hará a los vecinos y cabezas de familia en proporción directa al número de personas que tengan a su cargo e inversa a su situación económica.

2. Estas adjudicaciones se regularán por acuerdo municipal adoptado con el *quorum* señalado en el artículo 303 de la Ley.

Art. 81. 1. La adjudicación mediante precio habrá de ser autorizada por el Gobierno civil, y se efectuará por subasta pública, en la que tendrán preferencia sobre los forasteros, en igualdad de condiciones, los postores vecinos o cabezas de familia residentes en el término municipal.

2. Podrá acudirse al concierto directo en el supuesto que previene el número 4 del artículo 41 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales.

3. El producto se destinará a servicios en utilidad de los que tuvieren derecho al aprovechamiento, sin que pueda detraerse por la Corporación más de un 5 por 100 del importe.

Art. 82. En casos extraordinarios, y previo acuerdo municipal adoptado por las dos terceras partes de Concejales, podrá fijarse una cuota anual, que deberán abonar los vecinos y cabezas de familia por la utilización de los lotes que se les adjudiquen para compensar estrictamente los gastos que se originaren por la custodia, conservación, administración e incremento de los bienes.

Art. 84. Para la formación de los planes de ordenación y aprovechamiento de los bienes comunales se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 42.

Art. 42. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las Corporaciones locales observarán en la administración de su Patrimonio las disposiciones e instrucciones de or-

den técnico de los diversos órganos de la Administración del Estado en materia de su competencia para el mejor aprovechamiento de régimen de bosques, montes, terrenos cultivables u otros bienes, cualquiera que fuese su naturaleza.

Art. 85. Corresponderá al Ayuntamiento pleno la aprobación de los planes generales para la distribución y aprovechamiento de los bienes comunales, y a la Corporación municipal permanente la aplicación de aquéllos y de las Ordenanzas reguladoras del disfrute, así como la resolución de las incidencias que con motivo de éste se produjeren.

Art. 86. 1. El derecho al aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales, en cualquiera de sus modalidades, corresponderá simultáneamente a los vecinos y a los cabezas de familia, sin distinción de sexo, estado civil, naturaleza y nacionalidad.

2. No obstante, los Ayuntamientos y Juntas vecinales que vinieren ordenando el disfrute de montes comunales mediante concesiones periódicas de suertes o cortas de madera, según costumbre o reglamentación local tradicionalmente observada, podrán exigir, para participar en los aprovechamientos, determinadas condiciones de vinculación, arraigo, permanencia o edad.

3. La aplicación excepcional de dichas peculiaridades se atendrá a los siguientes requisitos:

a) Fijación de las mismas y de la cuantía máxima de las suertes o lotes en Ordenanzas especiales, regún establecen los artículos 109, 110 y 121, h), de la Ley; y

b) Aprobación de aquéllas por el Ministerio de la Gobernación, previo dictamen del Consejo de Estado.

Art. 91. 1. Las Corporaciones municipales podrán ejercer el derecho de tanteo en las subastas de pastos sobrantes de dehesas boyales y montes de común aprovechamiento, dentro de los cinco días siguientes al en que se hubiere celebrado la licitación, con estas condiciones:

a) Que acuerden la adjudicación en la máxima postura ofrecida por los concurrentes; y

b) Que sujeten a derrama o reparto vecinal la distribución del disfrute y el pago del remate.

Art. 92. Las Corporaciones que ejerciten el derecho de tanteo respecto al aprovechamiento de sus montes habrán de

comunicar a la Dirección General de Administración Local, en el plazo de cinco días hábiles, los siguientes datos:

a) Volumen del aprovechamiento, precio de adjudicación y fin a que se destina;

b) Si la explotación ha de ser directa o por contrato, y

c) Si las maderas o leñas resultantes han de dedicarse a su propio consumo o a la venta.

Art. 93. 1. En los bienes de carácter forestal que, circunstancialmente y para favorecer su restauración arbórea, admitieren trabajos de descuaje y roturación, podrá autorizarse el aprovechamiento agrícola en estas condiciones:

1.ª Que la autorización sea temporal y se obtenga con ella la efectiva restauración y mejora arbórea del predio.

2.ª Que el cultivo se efectúe en forma directa por los autorizados o por quienes con ellos convivan en su domicilio.

3.ª Que el aprovechamiento sobre cualquier parcela en favor del mismo usufructuario no exceda de cinco años.

2. Además de todos los trabajos y prestaciones personales que guarden relación inmediata con el cultivo a que se destinen las parcelas, los autorizados habrán de realizar en ellas cuantas operaciones de mejoras determine la Administración forestal, de oficio o a instancia del Ayuntamiento.

Art. 101. 1. No implicarán enajenación ni gravamen las concesiones de parcelas de terreno del Patrimonio municipal a favor de braceros vecinos o cabezas de familia, aunque el disfrute de éstos haya de durar más de diez años, ni las que se otorgaren a los mismos para plantar arbolado en superficies no catalogadas como de utilidad pública.

2. Dichas concesiones habrán de ser acordadas por el Ayuntamiento pleno con el voto favorable de las dos terceras partes de sus componentes, y no tendrán eficacia hasta que se hayan hecho constar en escritura pública y ésta sea inscrita en el Registro de la Propiedad.

3. Los concesionarios se harán, en su caso, dueños del arbolado que cultivan, y durante los cinco primeros años podrán acotar las parcelas plantadas para preservarlas de los ganados.

4. Si esta acotación perjudicare los aprovechamientos comunales y hubiera reclamaciones de vecinos o cabezas de familia, quedará en suspenso la concesión hasta que recaiga nuevamente sobre ella acuerdo del Ayuntamiento en pleno.

II. LA VECINDAD COMO PRESUPUESTO DE LOS APROVECHAMIENTOS COMUNALES

En repetidas ocasiones, a lo largo de este libro, se ha venido insistiendo en la identificación de los aprovechamientos comunales y los aprovechamientos vecinales, ya que, en definitiva, no se trata de algo común a todos los hombres, sino a los componentes de un determinado grupo social, lo que en términos jurídico-administrativos modernos se expresa en la relación de vecindad (1). A nuestros efectos, la *vecindad es un presupuesto* de legitimación para realizar aprovechamientos comunales (2).

Un conocido municipalista ha pretendido, sin embargo, no hace muchos años trasladar el punto de gravedad desde la condición de vecino a la titularidad familiar, por entender que el "disfrute tradicional no ha sido nunca *vecinal,* si por vecino y vecinal hemos de entender lo que en toda nuestra

---

(1) La vecindad, no obstante su importancia, es una cuestión inexplicablemente abandonada por el Derecho Administrativo, y en la que no podemos entrar aqui por razones sistemáticas, ya que sólo nos interesa en la medida que afecta a nuestro tema. Es muy posible que este abandono haya sido provocado por la influencia de la doctrina civilística, que, por cierto, en España es totalmente inaplicable, en razón a la perspectiva derecho común-derecho foral en que se coloca. De aquí que cualquier inspiración que proceda del Derecho civil es sumamente peligrosa y debe ser sometida a una rigurosa transposición jurídico-administrativa. Sobre esta doctrina civil —con la advertencia indicada—, véase, por todos, DE CASTRO, *Derecho Civil de España,* II, 1952.

(2) Esta afirmación no debe entenderse, sin embargo, de un modo tan absoluto que ignore la existencia de personas legitimadas para los aprovechamientos, que no son vecinos; y de vecinos que no están legitimados para los aprovechamientos. La primera situación es provocada por una concesión legal de derechos vecinales, que la ley realiza excepcionalmente a personas que no lo son, como los contratistas de obras públicas (y de ello nos ocuparemos más adelante); y la segunda se expresa en el artículo 192, 4 LRL, del que tendremos ocasión de ocuparnos con todo detalle en el epígrafe VI de este mismo capítulo.

legislación moderna literalmente significa, sino *familiar*" (3). Esto, con ser cierto, es sólo una verdad a medias. Lo que sucede es que —como con más profundidad ha hecho notar posteriormente BULLÓN RAMÍREZ (4)— el *status* jurídico- administrativo de la vecindad tiene una doble dirección o sentido: a) el general, producido por la mera adscripción a un municipio y consiguiente cualidad de miembro del mismo, y b) el especial de cada una de las categorías de población en que la persona es clasificada una vez adscrita al domicilio (cabeza de familia, vecino o domiciliado). A este *status* especial se reconduce la objeción de DÍAZ-CANEJA, y forzoso es reconocer su importancia, ya que siendo muy diferentes los derechos y obligaciones de los miembros de cada uno de estos grupos, siempre ha existido el problema de si los beneficiarios de los aprovechamientos comunales han de ser los cabeza de familia o los simples vecinos, y aun los domiciliados (5).

El desarrollo técnico de los contradictorios principios que sobre este punto han ido aflorando sucesivamente en la legislación española, es bastante complicado.

Prescindiendo de los antecedentes históricos, más o menos remotos, de que acaba de hablarse, durante el siglo XIX los aprovechamientos comunales se realizan, en efecto, por fa-

---

(3) J. D. y DÍAZ-CANEJA, en "Bienes municipales", *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 81, 1955, añadiendo: "Con arreglo a nuestras tradiciones concejiles, se *encabezaban* por vecinos de un Concejo los que ponían casa, más comúnmente por haber contraído matrimonio. Solamente con esto, que atañe a todos los casos, queda demostrado el aserto precedente. Desconozco que de este punto se haya tratado, a excepción de algunas alusiones o trabajos míos".

(4) *La población municipal*, 1959, págs. 12-13.

(5) Lo que parece obvio es que la comunalidad ha de referirse a un aprovechamiento *directo* de los productos de los bienes, y no a derechos que puedan derivarse de los mismos. La sentencia de 4.3.1943 (sala 3.ª) nos ofrece un curioso ejemplo de esta variedad: El Ayuntamiento de Pontevedra consideraba como bienes comunales unos montes que, aunque integrados en el patrimonio del Gran Hospital de Pontevedra, su cesión había creado a favor de los vecinos el derecho a ser tratados gratuitamente —con ciertas restricciones— en dicho Hospital. A la postre, el Tribunal Supremo termina considerando tales montes, no como comunales, sino de propios.

milias como consecuencia de que sólo son vecinos los cabezas de familia (6). La Ley municipal de 1870, aceptando una enmienda propuesta por BENOT, rompe con esta tradición e introduce el concepto de vecino simplemente emancipado.

La razón de esta ampliación de la vecindad era clara: se trataba de una medida democrática tendente a ampliar la base del electorado, concediendo el derecho político del sufragio a todos los emancipados, con independencia de su condición de cabeza de familia. A nuestros efectos, las consecuencias de esa variación de criterio iban a ser tan graves como inesperadas: *se establecen regímenes distintos para los titulares de derechos políticos y para los titulares de los aprovechamientos comunales*, ya que la ampliación democrática del círculo de aquéllos no se corresponde con un aumento similar del número de éstos. Con el resultado de que si todos los vecinos disfrutaban de derechos políticos, los aprovechamientos comunales seguían limitados a los cabeza de familia, tal como venía sucediendo tradicionalmente. O, con mayor precisión, se establecen tres criterios de diferente valor (por familias o vecinos, por personas o habitantes, y por cuotas de repartimiento si las hubiere), según se aprecia en el artículo 70 de la Ley:

> "La distribución por vecinos o familias se hará con estricta igualdad entre cada uno de ellos, sea cual fuese el número de individuos de que conste su familia o que vivan en su compañía y bajo su dependencia. La distribución por personas se hará adjudicando a cada vecino la parte que le corresponda, en proporción al número de habitantes residentes de que conste su casa o familia."

A partir de este momento, la evolución legislativa sobre este punto gira en torno a la identificación o a la separación de estos dos tipos de derechos. Lo cual nos evidencia que se trata de derechos de naturaleza distinta y nos permite afirmar, en referencia a la polémica suscitada sobre el mismo

---

(6) Cfr. A. BULLÓN RAMÍREZ, *La población municipal*, cit., en especial, págs. 62 y sigs

problema en el derecho alemán, que, aun sin reconocer un carácter privado al derecho a los aprovechamientos comunales, es evidente que se trata de un derecho muy distinto al derivado del *status* público de vecindad, y que ésta es sólo un presupuesto de aquél.

La Ley municipal de 1877 volvió a unificar estos tipos de derechos, reproduciendo en su artículo 40 el criterio tradicional de vecino-cabeza de familia, más en consonancia con su "moderado antidemocratismo" (7). Pero esta situación duró muy poco tiempo, ya que las reformas electorales de 1890, y concretamente el R. D. de 5 de noviembre de 1890, derogaron este precepto y volvieron al sistema del sufragio universal de la Ley de 1870.

El Estatuto Municipal de 1924 había de aportar nuevas modificaciones. Como acabamos de ver, a partir de 1870, y salvo el paréntesis 1877-1890 la situación podría representarse gráficamente en dos círculos concéntricos, siendo el de radio más amplio el de los derechos políticos de los vecinos, y el más pequeño el de los derechos a los aprovechamientos co-

---

(7) En cuanto a los bienes comunales se refiere, el artículo 75 establece las siguientes reglas: "2.ª Si los bienes fueren susceptibles de utilización general, el Ayuntamiento verificará la distribución de los productos entre todos los vecinos, formando al efecto divisiones o lotes, que adjudicará a cada uno con arreglo a cualquiera de las tres bases siguientes: por familias o vecinos; por personas o habitantes; por la cuota de repartimiento, si la hubiere. 3.ª La distribución por vecinos se hará con estricta igualdad entre cada uno de ellos, sea cual fuere el número de individuos de que consta su familia, o que vivan en su compañía y bajo su dependencia. La distribución por personas se hará adjudicando a cada vecino la parte que le corresponda en proporción al número de habitantes residentes de que conste su casa o familia. La distribución por la cuota de repartimiento se verificará entre los vecinos sujetos a su pago, adjudicando a cada uno la parte que en proporción a la cuota repartida le corresponda. En este caso se adjudicará a los vecinos pobres exceptuados del pago una porción que no exceda de la que corresponda al contribuyente por cuota más baja". En todo caso, la discusión gira siempre sobre el eje vecino-cabeza de familia, mientras que los simples habitantes quedan, por descontado, al margen de los aprovechamientos. Cfr. el Auto de 6.3.1908: "... no siendo lo mismo habitante que vecino en un pueblo, y correspondiendo a los vecinos derechos que no corresponden a los habitantes, entre ellos, el de participar en los aprovechamientos comunales".

munales. La Restauración de 1877 había igualado ambos círculos reduciendo el mayor al alcance del menor; estado que fue suprimido en 1890. Pues bien, el Estatuto de 1924 vuelve a identificar los círculos, pero realizando una operación contraria, es decir, ampliando los derechos a los aprovechamientos comunales hasta el ámbito de los derechos políticos: si el artículo 26, b) sigue prescindiendo de la vecindad y considera como vecinos "a los españoles emancipados, inscritos como tales en el padrón municipal", el art. 159, a diferencia de la regulación existente, extiende los derechos a los aprovechamientos comunales a todos los vecinos (8).

Tan singular novedad había de resultar hondamente perturbadora en los pueblos que aun conservaban una importante riqueza comunal, especialmente maderera, ya que produjo una fuerte inmigración de quienes deseaban participar en estos beneficios, que ahora eran fácilmente asequibles a los recién llegados, dada la simplicidad del procedimiento de adquisición de vecindad. Habiéndose levantado fuertes protestas, fue modificado por el R. D. de 8 de abril de 1930 (9) el art. 159,1 del Estatuto, que quedó redactado así.

---

(8) Según JORDANA DE POZAS. la razón de esta modificación se debe al deseo de favorecer a las clases económicamente débiles (*Derecho municipal*, 1924, pág. 221).

(9) "Fundándose los Ayuntamientos que han solicitado esta modificación del Estatuto en que desde antiguo han velado celosamente por la conservación de sus montes, exceptuados de venta, pues así figuran en el Catálogo, por haber sido adquiridos con anterioridad de muchos años por sus antepasados, y en que la costumbre tradicional en el presente caso consiste en que estos Ayuntamientos han venido concediendo el disfrute gratuito de los pastos de sus pinares a todos los vecinos, pero hacen la distribución de las cortas de madera sólo entre los que reúnen determinadas condiciones establecidas por tradicionales costumbres, por las cuales quedan excluidos los que no son hijos del pueblo, los hijos de familia. que viven con sus padres y las mujeres solteras, aun cuando hubieran cumplido veintitrés años, siempre que no son cabezas de familia. Por tanto, al hacer aplicación estricta del párrafo primero del artículo citado del Estatuto, tendrían derecho todos los vecinos, y habría que contrariar los aprovechamientos, restringidos por la costumbre tradicional; mientras que con la modificación expresada se evita que estos pueblos, que no tienen otros medios de subsistencia que los que les proporcionan sus montes, puedan encontrar disminuidos sus medios de vida con la competencia que pueda ocasionar la inscripción como vecinos de quienes sin ligaduras de ninguna clase con el pueblo no pueden sentir otros estímulos

"Tanto la Comisión municipal permanente, ajustándose a las reglas dictadas por el Ayuntamiento en pleno, como las Juntas vecinales y parroquiales, ordenarán el aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales de los pueblos con arreglo a las cuatro disposiciones que posteriormente se citan, siempre que no se encuentren en oposición con lo que en orden a estos mismos aprovechamientos pueda existir establecido para los mismos con carácter tradicional, en cuyo caso continuará vigente para regularlos la costumbre del país, debiendo someterse los Estatutos que se formulen, cuando se encuentren en contradicción con las reglas de este artículo, a conocimiento y resolución de este Ministerio" (de la Gobernación).

Este equilibrio volvió a ser roto por la Ley municipal de 1935 (10), que reprodujo el criterio primitivo del Estatuto de 1924, exigiendo solamente para poder disfrutar de los bienes comunales la condición de vecino, con independencia de ser o no cabeza de familia.

Prescindiendo por ahora del problema de los aprovechamientos madereros, que reanundando la vieja polómica, afloró en una Ley de 23 de diciembre de 1948 (recogida luego en el n. 4 del art. 192,4 LRL, de que nos ocuparemos seguidamente), en el derecho vigente se insiste, en general, en el criterio ampliativo del Estatuto de 1924.

La Ley de Régimen Local es en este punto manifiestamente contradictoria, ya que si en el art. 192 habla de *vecinos cabezas de familia* (al igual que la Base 19), el art. 47 habla de los

---

que los de participar, sin riesgo ni trabajo, en los productos maderables de los montes." (Extracto de la Exposición de Motivos, tal como aparece en el *Diccionario de la Administración Española,* Apéndice de 1930, pág. 368.).

(10) GARRIDO (en *Sobre los bienes comunales,* cit., pág. 686) atribuye esta actitud al "renovado criterio uniformista de la Ley Municipal de 1935". Pero BULLÓN (en la *Población municipal,* cit., pág. 126) hace unas observaciones gravísimas, recogidas por LLANO Y LAMONEDA en 1936, en *La nueva Ley municipal orgánica:* Parece ser que en la sesión parlamentaria de 25 de febrero de 1935 fue admitida una enmienda presentada por IRUJO en la que se aclaraba que "Los vecinos tendrán derecho a participar en los aprovechamientos comunales con *arreglo a las disposiciones vigentes que autorice su disfrute*", y con la que se pretendía salvar el espíritu diferenciador de 1930, pero que, inexplicablemente, aun habiéndose recogido en el acta de la sesión, no fue incorporada a la Ley Municipal.

cabezas de familia y los vecinos, criterio en el que insiste el artículo 86 del Reglamento de Bienes. Según esto, buena parte de la doctrina, ateniéndose a la letra del art. 86 considera legitimados tanto a los vecinos como a los cabezas de familia (11), si bien no falten críticas a la incongruencia que esta solución normativa representa (12). Una solución ecléctica adopta BULLÓN RAMÍREZ, quien entiende que en los casos en que no exista costumbre tradicional, los vecinos simplemente emancipados y los vecinos cabeza de familia quedan igualados (en principio) en el derecho a participar en los aprovechamientos comunales, pero, en realidad, siempre deben tener una mayor participación los cabezas de familia, por tener otras personas bajo su dependencia (arts. 192 LRL y 80 RB) (13).

La reciente sentencia de 10.3.1962 (sala 4) ha tenido ocasión de plantearse directamente este problema de la incon-

---

(11) Cfr. DÍAZ DE LA RIVA y GUERRA-LIBRERO, *Montes municipales*, 1963, pág. 452.

(12) Así, SIEIRA BUSTELO (en "Distinta titularidad de los montes incluidos en el Catálogo de Montes de utilidad pública", en *Revista de Estudios de la vida local*, núm. 87, 1956, págs. 387-388): "esta redacción —la del artículo 86, 1 RB— no ha sido muy afortunada, porque, interpretado literalmente, parece quiere decir que los cabezas de familia pueden aprovechar los bienes comunales, aunque no sean vecinos, lo cual es absurdo". Igualmente, según ABELLA *(Reglamento de Bienes*, 1957, pág. 154), "resulta absurdo el derecho de cabezas o vecinos, cuando no reúnen conjuntamente ambas condiciones, porque cabeza lo es todo jefe de familia, y no es justo que, sin haber ganado vecindad, ostente la plenitud de derechos, con lo que se estimula la codicia de fijar residencias sin más móviles que el aspirar a los aprovechamientos cuando éstos revistan importancia, de lo que existen no pocos precedentes; y, del mismo modo, es injusto que todo vecino (con sólo cumplir la edad y residencia, pero sin constituir una familia de la que haya de ser cabeza) tenga derecho a los aprovechamientos comunales, cuyo reparto, según la tradición y la equidad, tuvo constantemente por norma el número de hogares o familias". Lógicamente —observa BULLÓN *(La población municipal*, cit., pág. 175)— "después de la función representativa que en los principios políticos básicos del Nuevo Estado se atribuye a la familia y al cabeza, como representante legal de la misma, era de esperar la vuelta a los criterios tradicionales, pero éstos se respetan solamente en la moderna legislación cuando exista costumbre o reglamentación local; no existiendo, el criterio del vecino-emancipado, sigue teniendo valor, según el citado artículo 80 del Reglamento de Bienes".

(13) BULLÓN, *La población municipal*, cit., pág. 176.

gruencia entre la LRL (vecinos cabezas de familia) y el RB (vecinos y cabezas de familia), que ha resuelto decididamente en favor de los vecinos cabeza de familia:

> "también se alega por los recurrentes la circunstancia de circunscribir solamente en las nuevas Ordenanzas a los vecinos cabezas de familia el aprovechamiento del monte comunal, siendo asi que este derecho les alcanza también a los que sólo tienen la condición de vecinos; pero el precepto del articulo 192 de la LRL, de fecha posterior al Reglamento de Bienes..., y por ello, preferente, conforme al articulo 5.° del Código civil, exige la doble condición de vecino y cabeza de familia para tener derecho al aprovechamiento de los lotes o suertes, y asi se desprende del contenido de los articulos 42, 46, 47 y 127, 3.° de aquella Ley; lo que evidencia el acierto y sumisión del artículo primero de las nuevas Ordenanzas a la Ley, que exige la doble condición." "... el indudable derecho que, publicada la LRL vigente, y su articulo 192, alcanza a los vecinos cabezas de familia, como el artículo citado de la Ley reza, deshaciendo el equívoco, que sólo puede mantenerse ante la imperfecta redacción del Reglamento de Bienes y de sus artículos 80 y 82, hasta la posterior y superior publicación del precepto legal, consonante, para mayor abundamiento, con los artículos 42, 46, 47 y 127 de la misma" (14).

Otras sentencias han tenido ocasión de ir resolviendo diferentes casos particulares de algún interés. Así:

1) Se reconoce el derecho a los aprovechamientos comunales que asiste a los vecinos ausentes, mientras se encuentren empadronados, aunque se ignore su residencia (s. 10.2. 1928); lo fundamental es acreditar la condición de vecino (s. 19.4.1930), no pudiendo hacer distinción alguna entre vecinos de hecho y de derecho (s. 12.11.1929) (15).

---

(14) Esta tesis es la que se deduce de una interpretación rigurosa de la LRL, al margen de los equívocos que introdujo luego el Reglamento de Bienes. Fue defendida por ABELLA, *Régimen local*, pág. 317, antes de la publicación del Reglamento.

(15) Sobre las relaciones entre vecindad y residencia, recuérdese la definición del Digesto: *Incolae sunt tantum hi qui in oppido morantur, sed etiam qui alicujus oppide finibus ita agrum habent ut in eum se quasi in aliquam sedem recipiant* (1.239, § 2, *de ver. significatio*, 50, 16).

2) La sentencia de 25.2.1930 concede estos derechos a la mujer de un vecino encarcelado.

3) En cuanto a la posibilidad de que los hacendados forasteros gocen de los aprovechamientos comunales, hay jurisprudencia contradictoria, en cuya valoración debe tenerse presente, sin embargo, la legislación vigente, y más aún a la vista del criterio interpretativo de la sentencia de 10.3.1962, que acaba de citarse.

Las sentencias de 24.2.1920 y 24.2.1926 resolvieron la cuestión afirmativamente, considerando que la Ley municipal de 1877 (arts. 26, 27 y 136,3 en relación con el 138) otorga "la consideración de vecino a los propietarios forasteros, los cuales, por lo tanto, tienen también derecho a participar en los mismos aprovechamientos, siempre que por razón de ellos vengan satisfaciendo las cargas anejas a su disfrute" (16), y haciendo también referencia a una R. O. de 14.7.1877 en la que, de acuerdo con el Consejo de Estado, se sentaba la doctrina de que los hacendados forasteros, aunque no sean vecinos, tienen derecho a participar de los aprovechamientos comunales, con arreglo a los arts. 26, 70 y 131 de la Ley municipal de 1870 (que se corresponden con los 27, 75 y 131 de la de 1877) (17).

Una actitud contraria adopta, sin embargo, la sentencia de 1.2.1928, argumentando

> ... que la tradición jurídica española sobre aprovechamientos de bienes comunales, salvo alguna especialidad foral como la "vecindad forana" de Navara (18) limita el disfrute de aquéllos

---

(16) Pero para la debida inteligencia de esta sentencia debe tenerse presente que en el supuesto de hecho mediaba un laudo de 1554, en el que el recurrente basaba su derecho posesorio, que el Tribunal Supremo ordena mantener.

(17) FAIRÉN GUILLÉN (ob. cit., pág. 43) cita también una R. O. de 20.2.1846, por la que se prohibía a los Ayuntamientos el excluir de los aprovechamientos y disfrutes comunes al hacendado forastero que tuviese casa abierta con dependientes y labor en el lugar, aunque no residiese allí.

(18) Por lo que afecta a otra especialidad foral, la alera aragonesa, dice FAIRÉN GUILLÉN *(La alera foral,* 1951, págs. 42 y 156) que, según los autores tradicionales (PORTOLÉS, DEL PLANO, ISABAL), eran

a los vecinos con exclusión expresa de los que tal cualidad no reúnan, y éste y no otro es el sentido en que se inspiró la ley novena, título 28, de la Partida 3, que al referirse a las cosas del común dice: "mas los que fueren moradores en otro lugar, no pueden usar de ellos contra la voluntad o defendimiento de los que morasen", tendencia que, aparte concretísimas excepciones reveladoras por su misma singularidad de su escaso valor hermenéutico, ha prevalecido en nuestra legislación municipal anterior al Estatuto de 1924, que en ella se inspira claramente..., sin que la significación de estos antecedentes de doctrina legal y de los terminantes preceptos de dicho Estatuto pueda desvirtuarse mediante alegatos de equidad basados en razones de orden contributivo, quizás atendibles en la sola esfera del derecho constituyente, pero sin fuerza para cimentar en estricto derecho positivo la tesis que sustenta el actor.

MARQUÉS CARBÓ interpreta esta jurisprudencia contradictoria en el sentido de que los propietarios forasteros tienen derecho a los aprovechamientos si explotan las fincas por su cuenta teniendo casa abierta, y además, pagan los impuestos municipales sin deducción alguna (19). Tesis que recuerda la doctrina aplicable en Aragón para la alera foral. Pero nosotros nos inclinamos por la negativa en los términos más radicales, ya que la legislación vigente no dá pie para una interpretación extensiva, que admita a los propietarios forasteros: en el régimen de aprovechamientos comunales no es

---

asimilados a los vecinos los que tenían casa abierta en el lugar y la habitaban la mayor parte del año. Doctrina que se mantiene en la actualidad, salvo en algunos lugares del Alto Aragón, en que se consideran "habitadores", además, a "los no vecinos que tengan ganado, tierras y casa abierta en el pueblo, pagando en el mismo contribución y arbitrios; lo cual está de acuerdo con la expresada doctrina histórica". Y ninguna denominación va mejor a estas personas que la de "domiciliados" utilizada por la Ley municipal de 1935.

(19) *El derecho local español*, cit., pág. 905. Según GRANITO *(Usi civici*, Ed. Vallardi, s. a., pág. 151), la legislación italiana del siglo XIX admitió expresamente a los aprovechamientos comunales a los contribuyentes no domiciliados. Criterio reformado por el Consejo de Estado con los argumentos tradicionales de que "mientras concurren con sus medios a cubrir las necesidades municipales, han de disfrutar de las ventajas que el Municipio ofrece a los que allí habitan". En nuestra doctrina clásica, FERNÁNDEZ DE OTERO *(De pascuis et iure pascendi*, ed. cit., pág. 11) niega a los hacendados forasteros el derecho de participar en los pastos comunales, basándose, entre otros textos, en la Ley 4, tít. 7, lib. 7, de la Nueva Recopilación.

la propiedad, sino la vecindad el criterio definitivo, sin que sea, por tanto, aplicable aquí el viejo principio de la igualdad entre las cargas y los beneficios públicos (20).

El Consejo de Estado ha afirmado en este punto una doctrina terminante:

> "la vecindad en el Municipio es requisito absolutamente indispensable, con arreglo al art. 192, LRL, para participar en los aprovechamientos, razón por la cual deberá exigirse, en todo caso, como condición previa; no pudiendo reconocerse tal participación a ninguna persona natural de una u otra de las parroquias del Municipio que no sea vecino de éste" (21) (22).

4) Por lo que afecta a los extranjeros, el Consejo de Estado entiende que éstos, mientras conservan su nacionalidad, solo tienen la condición de domiciliados y no la de vecinos, que es necesaria para ser partícipe en los aprovechamientos forestales. Como se dice literalmente en el dictamen de 28.6.1957:

> "es legalmente imposible, con arreglo al art. 44 LRL, que un extranjero que conserve su nacionalidad sea al mismo tiempo vecino de un Municipio de la Nación, estándole atribuido solamente, en el caso de que resida habitualmente en un término municipal, la condición de domiciliado" (23).

---

(20) La sentencia de 8.5.1933 recuerda que los vecinos tienen derecho a los aprovechamientos, aunque no hayan contribuido al levantamiento de las cargas. En el mismo sentido del texto, BULLÓN, *La población municipal*, cit., pág. 176. Para un estudio general del tema, que no desciende, sin embargo, al problema concreto de los bienes comunales, cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, "El principio de igualdad en el régimen local", en *Problemas políticos de la vida local*, III, 1962, págs. 225 y sigs.

(21) Dictamen 13.7.1957, en *Recopilación...* (1956-1957), 1962, página 114.

(22) Aleccionadora es también, en este sentido, la doctrina aplicable a la alera foral aragonesa. Según FAIRÉN GUILLÉN (ob. cit., páginas 43 y sigs. y 158), con anterioridad al Código Civil, "los que no habitaban en el pueblo en que tenían heredades, ni tuviesen en él casa abierta, no podían disfrutar con sus ganados el derecho de alera foral"; doctrina que sigue manteniéndose en la actualidad, aunque con algunas excepciones, en el Alto Aragón, donde, a veces, se autoriza al propietario de enclaves en montes gravados de alera para introducir en ellos, y aun apacentar, cierta cantidad de ganado lanar, y cabrío en el monte sujeto a la alera, si es comunal.

(23) *Recopilación...*, cit. (1956-1957), 1962, pág. 113.

En la doctrina, BULLÓN RAMÍREZ (24) entiende, por el contrario, "que la condición de cabeza de familia concedida a un extranjero habitualmente residente en el término y calificado como tal en el padrón, dará derecho a éste a participar de los aprovechamientos comunales en las mismas condiciones que a los vecinos españoles (arts. 48 LRL y 86 RB). Si el extranjero no es cabeza de familia, no tiene derecho a tales aprovechamientos por no ser asimilado a vecino".

5) Son, por último, de tener en cuenta una serie de supuestos en que se quebranta el principio de la vecindad, y se admite en los aprovechamientos comunales a quienes no la poseen *(cuasi-vecindad)*. En este caso se encuentran "los contratistas de las obras públicas estatales y provinciales, sus dependientes y operarios" (Ley de Obras Públicas de 13. 4.1877, art. 32) e igualmente "los contratistas de carreteras del Estado, sus dependientes y operarios gozarán del beneficio de vecindad en el aprovechamiento de leñas, pastos y demás que disfruten los vecinos de los pueblos en cuyos términos se halle comprendida la obra" (Ley de 4.5.1877, artículo 22); y las empresas de ferocarriles generales de los transportes (Ley de 23.11.1877, art. 31), las empresas de canales de riego por sus dependientes, operarios y ganados de transporte respecto de los derechos a las leñas y pastos y demás ventajas de que disfruten los vecinos (Ley de Aguas de 13.6. 1877, art. 194, 4.º), además de la facultad de abrir canteras, recoger piedra suelta, construir hornos de cal, yeso y ladrillo y depositar efectos o establecer talleres para la elaboración de materiales en terrenos de aprovechamiento común (artículo 94, 1.º).

Beneficios que no deben considerarse como supervivencias de una legislación arcaica y carente de sentido en la vida moderna, ya que preceptos similares se recogen en leyes bien recientes: así, en el art. 192 del Reglamento general para el régimen de la minería de 9.8.1946 (25), y el 128,4 del

(24) *La población municipal*, cit., pág. 176.
(25) Procedente del artículo 60 de la vieja Ley de Minas de 1859, y éste, a su vez, con variantes, del artículo 21 de la Ley de 4.7.1825.

Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17. 6.1955:

> La Corporación concedente podrá otorgar al concesionario: 1.º Reconocimiento de vecindad a su persona, dependientes y operarios en el Municipio de la concesión, para el disfrute de los aprovechamientos comunales.

Aun reconociendo el escaso interés práctico que en la actualidad tienen estos aprovechamientos, forzoso es admitir que su interés dogmático es excepcional y que nos encontramos ante una figura de encuadramiento sistemático casi imposible. En efecto, ¿cómo compatilizar jurídicamente esta declaración legal con la naturaleza de los bienes comunales? ¿Cómo es posible que el Estado disponga de unos aprovechamientos cuyos únicos titulares son los municipios y los vecinos? En el sistema español, donde no cabe recurso de inconstitucionalidad de las leyes, no puede discutirse la validez de las normas citadas, pero ello no evita su anomalía institucional.

Bajo la teoría de la cuasi vecindad (expresión que maneja ordinariamente la doctrina) parece descubrirse una explicación, más o menos consciente, del fenómeno: El legislador no legitima los aprovechamientos de extraños, sino que considera al extraño *como si* fuera un vecino, y a través de esta cuasi-vecindad se justifica el beneficio. Pero esta sutileza es inadmisible. Los textos citados más arriba no hablan siempre de vecindad ni de cuasi-vecindad *(como si)*, sino de atribución "de lo mismos derechos que los vecinos".

La cuestión se complica más aún —pero, al tiempo, brinda

Con relación a este último, la R. O. de 8.11.1849 se habia cuidado de precisar su alcance de la siguiente manera: "El derecho al uso de leñas, madera y carbón, por el mismo significado jurídico de la palabra, no puede extenderse sino al disfrute de aquellos efectos en cuanto baste para cubrir las necesidades habituales y domésticas de los vecinos, no pudiéndose admitir de ninguna manera la interpretación de que un vecino que ejerza una industria, aunque sea la minera, tiene derecho a aprovecharse de las leñas y carbón que necesite para llevar a cabo su empresa, puesto que en tal caso desruiría en poco tiempo dilatados bosques, privando a los demás vecinos de los medios de surtirse de dichos artículos, a los cuales tienen indispensablemente el mismo derecho.

indicios de desvelar el secreto— si consideramos que en los textos antiguos se alude muy curiosamente a los bienes sobre que recae, citando expresamente a los bienes públicos "o" de aprovechamiento común, que se identifican por completo (26). ¿Qué puede significar ésto? A nuestro modo de ver, aquí nos encontramos ante un eslabón perdido que nos guía, una vez más, a través del proceso evolutivo de los bienes comunales: de nuevo nos tropezamos con el viejo e inseparable tema de los baldíos, entendidos en el amplio sentido con que se han venido manejando a lo largo de este libro. Los Concejos se han apropiado de ellos para sus vecinos (aprovechamiento común), pero el Estado recuerda por inercia su condición de bienes públicos, que le legitima para intervenir en ellos, siquiera sea a título muy excepcional, frente a los derechos de los vecinos.

III. EXPLOTACION COLECTIVA O COMUNAL

Entrando en el examen de las distintas variedades y formas de aprovechamientos comunales, debe considerarse en primer lugar lo que nuestra legislación considera como figura principal y que —obviamente, puesto que de bienes *comunales* se trata— constituye la regla: la explotación colectiva o comunal, a que se refieren los arts. 192,1 LRL y 77,1 RB y que el art. 79 RB define como "el disfrute general y simultáneo de los bienes".

Pero, no obstante esta definición legal, dista mucho de ser claro tal sistema de *explotación colectiva o comunal,* como dice la Ley de Régimen Local, o de *explotación común o cultivo colectivo,* como dice el artículo 77 del Reglamento de Bienes.

Ni la Ley municipal de 1877, ni el Estatuto municipal de

(26) Cfr. también —y muy especialmente— las RR. OO. de 12.11. 1847 y 22.11.1848.

1924, ni la Ley republicana de 1935 se refieren a esta forma de aprovechamiento. La Ley vigente es, en este punto, el resultado de la constatación de la existencia real de los mismos (no obstante, su falta de regulación en las leyes anteriores), que se traduce en una elogiable actitud de respeto. La Ley parte de la base de que un aprovechamiento colectivo o comunal es el más idóneo para los bienes comunales, y en tal sentido respeta su existencia, sin entrar a regularle, ya que el mismo presupone una ordenación local, y probablemente consuetudinaria; pero seguidamente constata la dificultad de este régimen, y se abstiene de imponerlo coactivamente. El aprovechamiento colectivo es, pues, una facultad concedida a los pueblos; cuando no hagan uso de ella, se acudirá a las normas supletorias de los demás párrafos del art. 192.

Entendemos, por ello, que la practicabilidad indicada en el párrafo primero no es solamente física o natural (hay aprovechamientos —como los maderables— que efectivamente son en la actualidad inimaginables en un régimen colectivo), sino jurídica o social, pues puede darse el caso de aprovechamientos naturalmente colectivos, como los pastueños o leñosos, y que, sin embargo, por circunstancias locales (rivalidades, abusos, falta de tradición...) sean difícilmente practicables, en cuyo caso habría de pasarse a otro régimen.

¿Cuáles son los tipos más frecuentes de aprovechamiento colectivo?

A) En primer lugar, pueden señalarse una serie de *ejemplos histórico-consuetudinarios*, recogidos por algunos autores, especialmente COSTA, a los que nos remitimos íntegramente, y que no es preciso reproducir aquí (27). Y también deben

---

(27) Cfr. COSTA, *Colectivismo agrario...*, cit., págs. 390-476 y algunos capítulos de la obra, también citada, *Derecho consuetudinario de España*, y concretamente en el tomo II; MÉNDEZ, *Colectivismo agrario en tierra de Aliste* (pág. 23); UNAMUNO, *Aprovechamientos comunes* (págs. 37 y sigs); SORIANO, *Espigueo de arroz en Sueca* (páginas 435 y sigs.); LÓPEZ MORÁN, *Propiedad colectiva* (págs. 253 y siguientes); SERRANO GÓMEZ, *Sorteo periódico de tierras de labor; cultivo en común para la Hacienda municipal* (págs. 374 y sigs);

tenerse presentes los numerosos supuestos, que hemos tenido ocasión de ir examinando en el derecho comparado.

B) El marco ideal para esta clase de aprovechamientos lo ofrece el *régimen pecuario*. Pero tampoco debemos detenernos aquí en él ya que ha sido objeto por nuestra parte de un estudio especial, al que nos remitimos (28).

C) Particularidades interesantes, y también muy propicias, ofrece el *régimen forestal*. En la actualidad el aprovechamiento común se expresa en los artículos 243 y 244 del Reglamento de Montes de 22.2.1962:

> Art. 243. 1. En los montes catalogados se atenderá preferentemente al sostenimiento del ganado de uso propio de los vecinos de los pueblos a que aquéllos pertenezcan, y se procederá a la enajenación de los pastos sobrantes, si los hubiere, a menos que el estado forestal del monte aconseje la exclusión del ganado de granjería.
>
> Art. 244. 2. El aprovechamiento vecinal de pastos tendrá que sujetarse a cuantas prevenciones técnicas se establezcan en los planes de disfrutes que formulen los Distritos forestales.

D) Otro grupo de sustancias susceptibles de aprovechamiento colectivo son las *rocas*. La legislación vigente no prevé el supuesto concreto de bienes comunales; por lo que habrá que considerar aplicable a ellos el régimen genérico de los patrimoniales y no de los de dominio público, ya que los bienes comunales son, en definitiva, patrimoniales. Según el artículo 42 de la Ley de Minas de 19.2.1944:

> "cuando (las rocas) se encuentren en terrenos patrimoniales... del Municipio... podrán sus dueños aprovechar estas sustancias como de su propiedad, cuando lo estimen oportuno, o ceder a otros su explotación."

En este caso corresponde el aprovechamiento solamente a los beneficiarios concretos de los aprovechamientos comu-

---

GONZÁLEZ DE LINARES, *Costumbres municipales del antiguo régimen* (págs. 405 y sigs.).

(28) El ya citado *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, 1959, 2 tomos.

nales y no a cualquier persona, como sucede con las rocas que se encuentran en bienes de dominio público, y de las que el párrafo primero del artículo citado dice que son de "aprovechamiento común", que naturalmente no es lo mismo que comunal.

Téngase presente, además, que como advierte ENTRENA (29) "el derecho al aprovechamiento que se concede al propietario del terreno en que las rocas se encuentran, es un derecho debilitado que subsiste en tanto en cuanto lo permite el interés público al cual se encuentra condicionado, según se determina en los artículos siguientes de la propia Ley de Minas".

¿*Quid* cuando el bien comunal en que se encuentran las rocas sea un monte catalogado? Conviene recordar aquí lo dispuesto en los artículos 212 y 220 del Reglamento de Montes:

> Art. 212. 1. No se autorizará aprovechamiento alguno en los montes catalogados que no se halle incluido en el plan anual o período aprobado.
>
> 3. Cuando los planes correspondan al aprovechamiento de los montes comunales, deberán acomodarse a lo dispuesto en los artículos 192 y siguientes de la Ley de Régimen Local.

Gracias a esta remisión es perfectamente posible el aprovechamiento colectivo, que quedará sujeto, no obstante, a los límites y condiciones del plan.

E) La *caza* es otro producto de los bienes comunales, susceptible en principio de aprovechamiento colectivo. Conviene insistir en ello porque los artículos 198 LRL y 40 RB pueden inducir a confusión, y de hecho se entiende con frecuencia que la caza de los bienes comunales *debe* ser arrendada. A nuestro modo de ver, la caza encaja en el núm. 1 del artículo 192 y, por tanto, mientras pueda ser explotada colectivamente, así debe continuar. Unicamente en el caso contrario, entran en juego los números siguientes del art. 192, que se articulan en el 198 LRL y 40 del RB citados.

(29) "Naturaleza y régimen jurídico de las rocas", en *Revista de Administración Pública,* núm. 30, 1959.

F) Otro tanto puede decirse de la *pesca*, no obstante, la rigurosa redacción del art. 41 RB, que como es obvio, no puede afectar a los principios de la Ley de Régimen Local. Además, también puede entenderse que este precepto admite el aprovechamiento comunal, desde el momento en que, en su número primero, contrapone a las concesiones el "aprovechamiento propio". Todo lo cual es, además, compatible con la legislación especial de pesca: El artículo 38 de la Ley de 20.2.1942 determina que:

> "La pesca en aguas de dominio privado, mientras permanezca en él, es patrimonio del dueño de la misma, sin otras restricciones que las que tiendan a evitar daños susceptibles de extenderse a las aguas públicas y sus riberas y aquellas otras impuestas por el Servicio Piscícola en beneficio del interés general" (30).

G) La *explotación apícola* parece también compatible con el régimen colectivo.

Por lo que se refiere a montes, debe tenerse en cuenta lo arriba dicho sobre planes y, además, la Orden del Ministerio de Agricultura de 8 de mayo de 1940, reguladora de las concesiones de aprovechamientos apícolas en los montes públicos, incluidas en los planes anuales de las Jefaturas Forestales, y sobre las que pende un derecho de tanteo a favor de las organizaciones de Falange Española Tradicionalista y de las JONS.

H) La enumeración que antecede no pretende ser exhaustiva; con ella se han querido reseñar las principales veriedades de aprovechamientos colectivos encajables en el número 1 del artículo 192, cuya legalidad interesa poner de relieve, ya que, sin perjuicio del respaldo que encuentran en este generoso precepto, pueden verse obstaculizados por otras normas. La modernidad del precepto queda también así de-

---

(30) Precepto que concuerda con el art. 58 del Reglamento de 6.4.1942. Tratándose de montes catalogados, es de aplicación el artículo 222 RM. Véase también la Instrucción de Montes de 17.10.1925.

mostrada y el que no se trata de una pieza extraída de un museo de derecho consuetudinario.

Por lo demás, son imaginables muchas otras formas de aprovechamientos, desde recoger hierbas medicinales, hasta hacer *camping;* pero conviene tener presente: primero, que en esta dirección nos podemos encontrar fácilmente con *iura usus inocui* en los que la legitimación no puede quedar limitada a los vecinos, por lo cual, en vez de aprovechamientos comunales se trataría de aprovechamientos comunes, y segundo, que en todo caso están sujetas a las limitaciones ordinarias de policía.

IV. ADJUDICACION POR LOTES O SUERTES

1. Cuando la explotación común o cultivo colectivo fuese impracticable —advierte el art. 77, 2 RB— "se adoptará una de las formas siguientes: a) aprovechamiento peculiar, según costumbre o reglamentación local, o b) adjudicación por lotes o suertes".

A primera vista esta redacción puede inducir a confusión puesto que parece colocar alternativamente el "aprovechamiento peculiar" y la "adjudicación por lotes o suertes". Sin embargo, dado el tenor de la ley, esta alternativa no existe y se trata de regímenes subsidiarios; sólo en el caso de que no exista una costumbre tradicionalmente aceptada o una regulación local, entre en juego el mecanismo legal.

No obstante el carácter subsidiario general de este sistema, no parece que pueda aplicarse con excesiva generalidad, en atención a la naturaleza de los aprovechamientos, ya que es incompatible con muchos de ellos, precisamente en los que enumeramos antes como más apropiados para el aprovechamiento comunales.

En cambio, es manifiestamente adecuado con otros muchos, especialmente con los agrícolas y maderables. Así nos lo muestran ejemplos consuetudinarios que no es preciso reproducir aquí (31). En este sentido, régimen colectivo y régimen por lotes operan como contrapunto, complementándose mutuamente, según la naturaleza de los aprovechamientos, y no es aquél el régimen especial y éste el general, como a primera vista parece indicar la ley (32).

La jurisprudencia, por su parte, ha declarado reiteradamente que el aprovechamiento por lotes o suertes no impide el carácter comunal de los bienes. Veamos los casos más importantes:

La sentencia de 5.6.1873 contempla el siguientes supuesto: los terrenos se cultivaban y aprovechaban por los vecinos en régimen de igualdad, para lo cual se nombraban todos los años de entre los mismos, repartidores que formaban tantos quiñones iguales cuantos eran aquéllos, y después se procedía al sorteo, cediendo a cada vecino el suyo respectivo, y desde entonces, lo que generalmente se hacía en noviembre, quedaba a su disposición para el cultivo, siembra y usufructo por solo un disfrute ánuo, quedando desde la recolección el aprovechamiento de espigadero y demás de todos los vecinos en común; y discutiéndose si se trataba, o no, de bienes de aprovechamiento común, el Tribunal Supremo se inclinó por aquella solución

(31) Cfr. especialmente COSTA, *Colectivismo agrario...*, cit., páginas 337 y sigs. Este sistema tiene, como se ha visto, variados paralelos en el derecho histórico y comparado.

(32) El Consejo de Estado, en su Dictamen de 9.4.1959, declaró legalmente irreprochable un proyecto de Ordenanzas en el que se disponía que el disfrute de los montes comunales había de efectuarse, generalmente, en régimen de explotación común y cultivo colectivo, pero que, cuando lo solicitasen los vecinos de cada lugar que tradicionalmente hubiesen venido cultivando esos montes, el Ayuntamiento pleno podría acordar que, con reserva de la parte que se considere necesaria para el régimen de disfrute comunal, fuesen adjudicados sus aprovechamientos por lotes o suertes entre los que reúnan la condición de cabeza de familia con hogar y vida independientes. (*Recopilación*... [1958-59], 1961, págs. 94-95.)

considerando que si bien es cierto que esa distribución priva a los demás vecinos del aprovechamiento en un punto dado de sus terrenos comunales; esa privación, sobre ser muy transitoria, está compensada con distribuciones perfectamente iguales a todos ellos..., y, además, todos los vecinos de B. tienen el derecho y la libertad de aprovechamiento en esas mismas suertes cultivadas, luego que se levantan las mieses, y las dos hojas de los mismos terrenos que quedan de barbecho y en descanso; por todo lo cual, lo que aquí resulta es simplemente un arreglo sobre el disfrute de los terrenos comunales, un modo de hacerlo útil y beneficioso a todos los partícipes sin exclusión, para el que han estado autorizados los Ayuntamientos por las diversas leyes municipales que han regido desde 1845..., lo que supone que el aprovechamiento común no se ha de entender tan materialmente que con exclusión de todo orden o arreglo necesario o conveniente en circunstancias dadas exija siempre que los terrenos se disfruten a la vez por todos y cada uno de los vecinos en todas y cada una de las porciones.

La sentencia de 20.9.1875, examinando un caso en que "los terrenos en cuestión se han cultivado, previa disposición del mismo, por todos los vecinos con igualdad, para lo cual... el Ayuntamiento todos los años ha nombrado repartidores de entre aquéllos, los que forman tantos quiñones iguales cuantos son los vecinos, sorteándose entre ellos en público concejo, cultivándose, sembrando y recolectando cada uno el suyo por el año y después de la recolección queda de todos los vecinos en común el aprovechamiento de espigadero y demás", declara igualmente es de aprovechamiento comunal

Considerando que los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento en el uso de sus atribuciones respecto a la distribución anual, por suerte, entre todos los vecinos de la parte cultivable del monte P. C., con el único y exclusivo objeto de hacer posible el cultivo y aprovechamiento comunal, no destruyen ni desvirtúan el carácter libre y gratuito de éste, sino que lo confirman, toda vez que ningún vecino es excluido del repartimiento, el cual varía todos los años, terminando cuando se levantan las fieses, aprovechándose entonces por los vecinos en común la espiga y pastos, y constantemente la mitad de los terrenos vacantes;

Considerando que la citada Ley de la Novísima Recopila-

ción (Ley 17, tít. 25, Lib. 8) reconoce que puede haber terrenos comunales cultivados por los vecinos, y que, por lo tanto, no pierden este carácter los dedicados a la labor.

E igualmente la sentencia de 14.3.1895, "si resulta que el cultivo y roturación se distribuye periódicamente entre los vecinos, sin satisfacer cuota alguna".

Según la sentencia de 18.6.1920 no obsta al aprovechamiento comunal y es perfectamente lícito

el acuerdo de repartir en fajas iguales el monte de D. entre los vecinos del pueblo de este nombre (y que) se tomó por el Ayuntamiento de G., a instancia de alguno de éstos (pues), tuvo por objeto evitar abusos que al parecer venían cometiendose en su explotación mancomunada, y sobrevino después de resultar estéril la gestión hecha por el Alcalde para que aviniéndose el vecindario se dividiera de mutuo acuerdo en lotes, y se acudió, en cuanto a la facultad para adoptar tal medida y a la forma de ejecutarla, al precepto que confiere a los Ayuntamientos la atribución de arreglar para cada año el modo de división, aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales del pueblo.

La sentencia de 17.1.1927 reconoce la legalidad de aprovechar comunalmente las tierras comunales mediante *fetosines* o lotes parcelarios típicos de la provincia de Segovia.

La sentencia de 3.12.1956 considera encajable en el precepto que se comenta una situación en que

el Ayuntamiento acuerda, a petición de los propios vecinos, y basándose en el párrafo 2 del citado precepto legal, la partición del monte comunal denominado S. por el sistema o costumbre tradicional en la localidad y en la provincia de "lares" o "fuegos", o sea por casas, por ser más conveniente que la explotación colectiva, y siendo así que esta costumbre local está probada...

E igualmente la sentencia de 19.10.1957:

Considerando que la situación existente en la parroquia de D., cuyos bienes comunales se hallan distribuidos en determinadas parcelas que cultivaban desde hace años atrás ciertos vecinos con la aquiescencia de la Corporación municipal, permitía, sin duda, que ésta pudiera adoptar otra forma para el

reparto de su disfrute en diversos lotes o trozos de terreno o con roturación de turnos para los cultivadores, pero estas posibles medidas corresponderían a las facultades del Ayuntamiento en pleno y nunca podrían ser acordadas unilateralmente por el Alcalde.

Ahora bien, debe distinguirse con todo cuidado esta forma de aprovechamiento comunal en lotes de las adjudicaciones —onerosas o gratuitas— de lotes determinados a algunos vecinos, puesto esto (con la salvedad del artículo 193) no puede constituir nunca un aprovechamiento comunal, si así se limitan los derechos de los demás vecinos. La sentencia de 24.2.1911 anula la adjudicación a un vecino de un lote concreto

> considerando que los Ayuntamientos sólo pueden ejercer aquellas funciones que por las leyes les están sometidas, y la de administración que les otorga su ley orgánica no les faculta para dar en arrendamiento los bienes comunales, que, por serlo, son de todos y de cada uno de los vecinos, quedando privados de su goce por el arriendo.

Siendo también de citar, por último, la sentencia de 4.5.1868 en la que se sustenta una tesis contraria a la reiterada en la jurisprudencia transcrita más arriba, al afirmar que

> considerando que... el terreno titulado M. de V. desde tiempo inmemorial... se ha venido labrando y cultivando por los vecinos de los indicados pueblos, a quienes por lotes y a la suerte se repartía cada cierto número de años.—Considerando que este estado de labranza y cultivo de la finca, y por personas determinadas que han utilizado exclusivamente señaladas porciones de la misma, excluye por su naturaleza la circunstancia de aprovechamiento libre y común.

2. El art. 192,2 LRL, al declarar que los aprovechamientos comunales se disfrutarán en *proporción inversa a la situación económica de los beneficiarios*, afirma un principio que rompe una vieja tradición que venía sosteniendo exactamente lo contrario, es decir, que los aprovechamientos habían de realizarse en proporción *directa* a las propiedades de cada vecino.

Esta situación estaba, por lo demás, plenamente justificada en las

organizaciones comarcanas de tipo germánico, como hemos tenido ocasión de examinar con algún detalle. En cambio, en Francia tales diferencias parecen haber tenido un origen señorial, situación que se aproxima, pues, a la española, como vamos a ver a continuación.

En España fue este tema objeto de largos debates en el derecho intermedio. Especialmente en materia de pastos era siempre discutido el si en la determinación del número de cabezas que cada vecino podía introducir en los terrenos comunes, debían tenerse en cuenta sus propiedades particulares. Los grandes terratenientes pretendían tener derecho a más reses que los pobres, en atención a ser ellos quienes sostenían con sus contribuciones la existencia misma del municipio, alegando, además, en su favor el conocido argumento de Santo Tomás conforme al cual, según principios de justicia distributiva, tanto más ha de darse de los bienes comunales, cuanto más propiedades se tienen y mayores contribuciones se pagan.

No era ésta, sin embargo, la opinión más generalmente admitida en la doctrina. Gregorio LÓPEZ, al glosar la ley 9, tit. 24, Partida 3, sostiene que "todos, tanto ricos como pobres, deben utilizar los prados, hierbas y términos cada uno según lo que necesite y según el número de ovejas y ganados que tenga", alegando en su favor textos del autor italiano ALBERICO. Según ésto, es admisible la introducción de un número ilimitado de ganado sin guardar proporción con la propiedad individual mientras no se produzca una saturación de los pastos comunales. "En el momento en que alguien se sienta perjudicado por tener menos ganado que el resto de los vecinos y, pretendiendo introducir algunos más, ya no sea la dehesa susceptible de admitirlos, puede acudir al Juez para que tase el número de ovejas que a cada uno corresponde".

El principio de discriminación entre los vecinos estaba, no obstante, latente en todos los sistemas de adjudicación o concesión de derechos. Era práctica tradicional el que los militares o caballeros tuvieran doble cupo que el resto de sus convecinos. COLECTARIO, cuyas doctrinas estaban muy extendidas en España, afirma, en efecto, que el caballero debe tener el doble que el villano, y si no existe en la comunidad más que un caballero y un villano, aquél debe tener dos partes y éste una. Pero Gregorio LÓPEZ rechaza también esta posición, matizando que "en los legados y contratos gratuitos generadores de una comunidad bien pudiera admitirse estas diferencias; pero en los demás casos no existe razón que justifique esta desigualdad ni por qué ha de ser mejor la condición del caballero que la del villano, ya que si se compra o adquiere de otro modo el derecho de comunidad, los derechos de cada partícipe serán equivalentes".

COVARRUBIAS (33) hace también una severa crítica de la tesis de COLECTARIO: "este autor —dice—, sin autoridad alguna, escribió un dictamen sobre un caso particular. Además, su texto sólo demuestra que a los militares en servicio se les permite apacentar sus propios caballos en los pastos públicos en tanto en cuanto sean racionalmente suficientes, por cuya razón es palmario que a los militares, incluso en servicio, no les sería permitido introducir sus ganados, a excepción del caballo de guerra, en los pastos públicos, a no ser que fuesen verdaderamente vecinos del lugar, en cuyo caso disfrutarían del mismo derecho que el resto de los vecinos; de donde se deduce que la opinión de COLECTARIO es totalmente falsa. Y si así no fuese, se originaria una verdadera injusticia, ya que los militares en acto de servicio consiguen muchos privilegios por razón de su cargo, los cuales no deben extenderse a los que, aun siendo nobles, no pueden prestar servicio militar a la república".

Ambos autores también insisten, por otro lado, en que el señor del lugar, en cuanto tal, carece de privilegios respecto de los pastos comunes. Admitiéndose, a lo sumo, el que tenga derecho a los aprovechamientos *en cuanto vecino,* si es que tiene fijada en el lugar su residencia. El número de cabezas que en tal caso pueda tener, según AVENDAÑO, será el que conforme al parecer de un prudente varón corresponda a la calidad del terreno y de los pastos y, sobre todo, teniendo siempre en cuenta los derechos de los demás vecinos, que no pueden nunca perjudicarse por esto. COVARRUBIAS nos informa que, por extensión de la errónea doctrina de COLECTARIO, la práctica forense española había aceptado que las reses del señor fueran dobles que las de los vecinos. El criterio de los Tribunales españoles en este punto fue severamente criticado por los autores que venimos citando. Aquí la magistratura se dejaba llevar por la inercia y por el peso de la doctrina tradicional más que por los claros razonamientos de las grandes figuras jurídicas de la época. El mismo Gregorio LÓPEZ llegó, por otra parte, a aceptar este criterio de que el señor debía tener doble númeo de reses que los villanos: por tradición en los casos normales, y sin lugar a dudas cuando no se siguiese daño para el común de los vecinos (34).

Todavía a fines del siglo XVIII se plantea SANTAYANA BUSTILLO (35) el problema en los mismos términos:

---

(33) *Opera omnia,* ed. 1638, t. 2, lib. 2, parte 2, cp. 37: *De pascuis et iure pascendi.*

(34) NIETO, *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras,* cit., I, págs. 78-81.

(35) *Gobierno político...,* cit., cap. XI, n. 7.

"Este derecho compete al vecino del pueblo, como vecino de él; y aun por ello el dueño de la jurisdicción por sólo este título, no tiene derecho alguno a gozar de estos pastos. Sin embargo, en nuestra España es ya práctica admitida que el dueño de la jurisdicción tenga en el pueblo, en la que la ejerce, otro tanto usufructo, como dos vecinos del pueblo. Vecino en cuanto a esto no se dirá el que comercia en muchos lugares, aunque este para el efecto de poder ser demandado, se entenderá serlo de los pueblos donde contrata. Diráse ser vecino para el goce de pastos el que en el pueblo tiene establecida su familia, casa y lo mejor de su hacienda. Mas en cuanto a esto, también se entiende ser vecino el que en los términos del pueblo posee heredades, que son los que vulgarmente llamamos terratenientes. Sólo, pues, el vecino tiene derecho a estos pastos, sino es que estos sean comunes a dos, o más pueblos, siéndolo por convenio o pacto, será promiscuo el uso. En Aragón, a excepción de la porción que llaman "Boalar", los demás términos comunes lo son entre todos los pueblos comarcanos, por la parte que confinen respectivamente, para pacer de sol a sol solamente, y a este derecho le llaman "alera foral".

La Novísima Recopilación reguló, por su parte, algunos extremos de esta importante materia. La ley 9, tít. 26. libro 7, prohibe que las comunidades eclesiásticas gocen del derecho de vecindad en los pueblos donde no estén situadas, aunque tengan bienes en ellos; la ley siguiente determina la "residencia de los militares agregados en los pueblos de su vecindad la mayor parte del año para disfrutar los aprovechamientos de ella", y la ley 12 la residencia de los Oficiales Militares en los pueblos "para gozar de los pastos y derechos de vecindad".

Como ejemplo de la situación de los aprovechamientos en el momento de la aparición de la legislación vigente, véase la descripción de DÍAZ-CANEJA (36): "Con toda la injusticia o iniquidad aparente que pueda suponerse a primera impresión, el aprovechamiento y disfrute de pastos comunes se realizaba y realiza, donde se puede, en comunidad de familias de arraigo en el término, propietarias o llevadoras y cultivadoras habituales de terrenos de aparcería en la propia localidad. Cada familia participaba ordinariamente en el aprovechamiento en comunidad, con todo el ganado que tenía, sin limitación alguna... La base primordial de la tenencia del

(36) *Bienes municipales*, cit., pág. 433.

ganado era el suelo o terreno que cada familia cultivaba... El ser cultivadora de tierras y prados era condición precisa a toda familia para entrar en la comunidad de pastos.

V. ADJUDICACION EN PUBLICA SUBASTA

El párrafo 3 del art. 192 LRL (y art. 81 RB) admiten la posibilidad de que la explotación colectiva sea impracticable, no existan costumbres o reglamentaciones locales reguladoras de alguna modalidad especial, y sea imposible el aprovechamiento por lotes. En tales casos es de aplicación subsidiaria el sistema de adjudicación en pública subasta, manteniéndose la ficción de la comunalidad por el destino comunal que se da al producto de la venta.

Así lo tiene declarado la sentencia de 27.11.1928:

> La adjudicación en pública subasta, mediante precio, del disfrute y aprovechamiento de los bienes comunales, dándose preferencia a los vecinos sobre los forasteros, en igualdad de condiciones, sólo se establece como *medio subsidiario de aprovechamiento* en el núm. 3 del artículo 159 del Estatuto municipal, y para el caso de que los bienes comunales no se presten a ser utilizados por los vecinos, en la forma que determina el número 3 de dicho artículo, o sea, adjudicando a cada vecino la parte que le corresponda en proporción al número de personas que estén a su cargo y tenga, por lo que, mientras sea practicable el disfrute gratuito de los pastos en esta forma... no puede utilizarse el de subasta.

Y todavía con mayor precisión la reciente sentencia de 23.3.1957:

> Que aun cuando al Ayuntamiento Pleno, art. 121 c), a la Comisión Permanente, art. 122 h), y a la Junta vecinal, articulo 125 b) LRL, corresponde señalar los aprovechamientos de los bienes comunales, esta facultad no es tan amplia que puedan obrar de una manera caprichosa y arbitraria, teniendo necesidad de ajustarse en su regulación a las normas establecidas

> en el art. 192, cuyas normas 1.ª y 2.ª indican la manera de efectuar el aprovechamiento, y únicamente cuando tal regulación no pueda tener lugar en la forma allí indicada, autoriza la adjudicación del disfrute y aprovechamiento en pública subasta, mediante precio y con la previa autorización del Gobernador civil.

Por otro lado, este párrafo tercero del artículo 192 LRL excluye actualmente una práctica bastante arraigada, basada jurídicamente en el art. 404 del C. c., conforme a la cual debía repartirse el precio de las rentas entre los vecinos legitimados para el aprovechamiento (37).

Las disposiciones del art. 81 RB no deben confundirse con las del 91 del mismo cuerpo, cuyas mutuas relaciones interesa ahora destacar. El art. 91 dice así:

> Las corporaciones municipales podrán ejercer el derecho de tanteo en las subastas de pastos sobrantes de dehesas boyales y montes de común aprovechamiento, dentro de los cinco días siguientes al en que se hubiere celebrado la licitación con estas condiciones: *a)* que acuerden la licitación en la máxima postura ofrecida por los concurrentes, y *b)* que sujeten a derrama o reparto vecinal la distribución del disfrute y el pago del remate.

A nuestro entender, este precepto puede referirse a dos supuestos completamente distintos: pastos sobrantes de bienes comunales no sujetos a la legislación forestal y pastos sobrantes de montes comunales:

A) *Pastos sobrantes de bienes comunales no sujetos a la legislación forestal,* es decir, no solamente dehesas boyales, puesto que, como hemos visto, dehesa boyal ha dejado de ser en la actualidad un término jurídico, ya que su régimen

(37) Este es el parecer de Costa ante el silencio del articulo 75, 1, de la Ley Municipal de 1877. Cfr. *Colectivismo agrario...*, cit. pág. 335. A este propósito, también hemos tenido ocasión de ver en el derecho comparado cómo en algunas ocasiones se ha aceptado con toda naturalidad este sistema de reparticiones en metálico entre los vecinos.

en nada se diferencia de los demás bienes comunales, una vez que ya no son de aplicación las leyes desamortizadoras.

Pastos sobrantes quiere decir pastos que no están sujetos a aprovechamiento comunal, entendiendo éste en cualquiera de las modalidades previstas en el art. 192 LRL. Es decir, que en principio, y como es lógico, los bienes comunales están afectados a un aprovechamiento comunal (sea colectivo, por lotes o por subasta); pero tratándose de pastos puede darse la circunstancia de que sean éstos más abundantes que lo que exijan las necesidades comunales: en este caso nos encontramos ante "pastos sobrantes" (que, como se ve, nada tienen que ver con lo dispuesto en el artículo 81 RB), cuya subasta queda autorizada sin discriminación de licitadores.

No deja de parecer extraña esta posibilidad de arrendar libremente unos pastos que, al fin y al cabo, están afectados a un aprovechamiento comunal. Recuérdese que la legislación desamortizadora fue inexorable en este punto y, conforme a la misma, perdían los bienes comunales su condición de tales desde el momento en que dejaban de aprovecharse gratuitamente. Y por la misma razón, con toda lógica, se denegaba también autorización para arrendar los sobrantes de pastos comunes y de dehesas boyales atendiendo a que esto iba en contra de su propia naturaleza (RR. OO. 8.5.1865 y 16.5.1877). Sin embargo, el artículo 2 de la ley de 30.7.1878 admitió una relajación al principio, al disponer que cuando la disminución de los ganados o la abundancia de pastos en los terrenos comunes y dehesas boyales les hiciese *algún año* innecesarios en su totalidad para el sostenimiento de los ganados que tienen derecho a utilizarlos, pueden los Ayuntamientos y Juntas de asociados acordar el arriendo del sobrante, ingresando sus productos en las arcas municipales. Precepto que se desarrollaría luego en el R. D. de 17.2.1925 que, después de autorizar las subastas de pastos sobrantes de las dehesas boyales y montes de aprovechamiento común, concede a los Ayutamientos el derecho de tanteo. Lo que constituye un antecedente directo de la legislación vigente.

Aquí surge un problema incidental que puede traer las más graves consecuencias: Obsérvese que la ley de 1878 admitía la existencia de pastos comunales sobrantes únicamente a título excepcional ("algún año"). Esta prudente restricción ya no existe en la actualidad, con lo cual puede ocurrir —y de hecho está ocurriendo con harta frecuencia— que se consideren sobrantes todos los años los pastos comunales y se arrienden mediante subasta. Si tal sucede en contra de la voluntad de los ganaderos interesados, se trata de un simple abuso de las facultades municipales, que se valen de este medio para obtener unos ingresos a todas luces ilegales; y a los interesados cabe siempre el recurso procedente para probar que no existen sobrantes de ninguna clase, y exigir el aprovechamiento comunal. Pero también puede suceder que este exceso permanente de pastos se deba a una disminución real de la cabaña vecinal. La pregunta que surge entonces es la siguiente: si esta situación se prolonga durante más de diez o más de veinticinco años, ¿caben las desafectaciones previstas en el Reglamento de Bienes?

A nuestro entender, sí; puesto que el arrendamiento libre (¡no el previsto en el artículo 81 RB, que es una forma de realizar aprovechamientos comunales!), es un *hecho* desafectador, al que el ordenamiento vinculó con el transcurso del tiempo la consecuencia de un cambio de la naturaleza de los bienes a que se refiere. Por otra parte, entendemos que los años han de ser consecutivos, pues otra cosa podría excusarse bajo la "accidentalidad" que, como se ha visto, es perfectamente lícita.

Pasando a otro orden de consideraciones, no resulta nada fácil entender el sentido de este derecho de tanteo que se concede a las Corporaciones, ya que, por un lado, se refiere a pastos sobrantes, es decir, pastos que no pueden aprovecharse comunalmente, y por otro lado, exige "sujetar a reparto vecinal la distribución del disfrute y el pago del remate". Según esto, la mecánica de este procedimiento es la siguiente: los pastos de unos bienes comunales son superiores a las necesidades del ganado vecinal, que no puede aprovecharlos,

por lo que se declaran sobrantes y se sacan a subasta; pero después de haberse rematado a ganaderos forasteros, la Corporación ejerce su derecho de tanteo y los ganados de los vecinos aprovechan los pastos previo abono de lo que el Ayuntamiento ha pagado en la subasta. ¿No es esto un contrasentido? Si hay ganado vecinal suficiente, los pastos no pueden ser declarados sobrantes, sino que han de ser aprovechados comunal y gratuitamente; y si no hay ganado, no cabe el derecho de tanteo porque luego no puede procederse a la derrama vecinal.

B) *Pastos sobrantes de montes comunales (catalogados).*

Este supuesto se encuentra regulado en los artículos 243 y 244 del RM:

1. «En los montes catalogados se atenderá preferentemente al sostenimiento del ganado de uso propio de los vecinos de los pueblos a que aquellos pertenezcan, y se procederá a la enajenación de los pastos sobrantes, si los hubiere, a menos que el estado forestal del monte aconseje la exclusión del ganado de granjería.

2. Se entenderá por ganado de uso uso propio de cada vecino el mular, caballar, boyal y asnal, destinado a los trabajos agrícolas e industriales, así como el lanar y de cerda, que cada uno dedique al consumo propio de su casa, siempre que no exceda de cuatro cabezas de ganado mayor destinado a trabajos agrícolas e industriales; dos porcinas y tres de lanar, para familias constituidas con un número de hijos que no pase de tres, aumentándose una cabeza lanar por cada hijo que exceda de tal cifra (art. 243).

1. Al objeto de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, los Ingenieros Jefes de los Servicios Forestales, antes de redactar los planes anuales de aprovechamientos, recabarán de las respectivas Entidades locales el censo de ganado de uso propio de los vecinos.

2. El aprovechamiento vecinal de pastos tendrá que sujetarse a cuantas prevenciones técnicas se establezcan en los planes de disfrute que formulen los Distritos Forestales (art. 244).

Entendemos que estos preceptos pueden derogar la LRL y sus Reglamentos en cuanto constituyen un simple desarrollo del artículo 35,2 LM:

> En los montes de utilidad pública se atenderá preferentemente al sostenimiento del ganado de uso propio de los vecinos de los pueblos y se procederá a la enajenación de los pastos sobrantes, si les hubiere, a menos que el estado forestal del monte aconseje la exclusión del ganado de granjería.

Según esto, el régimen de pastoreo en los montes comunales, por lo que afecta la forma de realizarse los aprovechamientos, está sujeta a los siguientes principios:

a) Las superficies pastables son determinadas por la Administración forestal.

b) Los vecinos tienen derecho a soltar gratuitamente los animales que se enumeran en el párrafo 2 del art. 243 RB.

c) Si aun quedan pastos sin aprovechar, se declararán sobrantes y se procederá a su enajenación. Siendo de aplicar aquí lo prevenido en el art. 91 RB.

Este sistema merece, sin embargo, las más duras críticas puesto que supone una reducción injustificada de los derechos comunales de los vecinos. Por ello apuntamos la siguiente interpretación, que evita la contradicción entre la legislación local y la forestal: el artículo 243 RM se refiere solamente a los montes catalogados *de utilidad pública,* pero no a los montes catalogados *comunales,* que siguen su régimen propio, sin otras limitaciones que las de policía forestal. Esta interpretación viene apoyada, además, por la terminolgía de la ley, que habla de montes de "utilidad pública", y en vez de suponer una reducción de los derechos de los vecinos supondría una ampliación, ya que, en principio, no tienen ningún derecho de pastos sobre los montes de utilidad pública que no sean comunales.

Aceptando esta interpertación todavía quedan dos puntos por aclarar: El primero, la hipotética aplicación del artículo 91 RB, que, al igual que sucedía antes, no tendría lu-

gar. Y el segundo, la cuestión del precio de los pastos dedicados al sostenimiento del ganado "de uso propio" de los vecinos. A primera vista, podría entenderse que son gratuitos, interpretando "a sensu contrario" el se "enajenarán" los sobrantes, que dice la ley; pero no creemos que sea defendible esta tesis, ya que no hay ninguna razón que justifique esta gratuidad

VI. APROVECHAMIENTOS MADEREROS QUE EXIGEN UNA VECINDAD ESPECIALMENTE CUALIFICADA

1. El núm. 4 del art. 192 LRL (y 86,2 RB) se refiere a un sistema de aprovechamiento excepcional, que puede seguirse respecto de los *productos maderables* de los montes comunales (38). La razón de esta peculiaridad se encuentra en una persistente tradición (a la que tuvimos ocasión de referirnos en las páginas anteriores, y que afloró concretamente en el R. D. de 8.4.1930), agravada por la coyuntura económica, que habiendo encarecido los precios de la madera, ofrece la tentación de unos aprovechamientos agotadores de los montes (39).

---

(38) El subrayado es importante, porque, aun cuando se implante esta especialidad para las maderas, debe seguir rigiendo el régimen común para los demás productos de los mismos bienes (pastos, leñas, etc.). El Consejo de Estado ha insistido siempre en que todos los vecinos, por el hecho de serlo, tienen derecho a los simples aprovechamientos de leñas (Dictamen de 7.12.1949, en *Recopilación de doctrina legal* [1949-1950], 1958, pág. 93; Dictamen 3.7.1954, en *Recopilación*... [1953-1954], 1959, pág. 72).

(39) A ambos fenómenos se alude en la Exposición de Motivos de la Ley de 23-12.1948: "Algunos Municipios y Entidades locales menores, *propietarios de montes que fueron adquiridos por el común de vecinos*, vienen practicando tradicionalmente la costumbre de conceder a todos los que lo son en la actualidad el disfrute gratuito de los diversos aprovechamientos, siquiera limitando la concesión de cortas periódicas de madera a los residentes que reúnan, además de la vecindad, otras condiciones de arraigo señaladas de antiguo... Problema agravado actualmente por el sistema tradicional de aprovechamiento de los montes, ínterin su disfrute no se regule por unas

Ya hemos visto que el espíritu igualitario de la Ley Municipal de 1935 cerró la posibilidad de las peculiaridades autorizadas en el R. D. de 1930. Para reanudar esta tradición se dictó la Ley de 23 de diciembre de 1948 (recogida luego en el artículo 192,4 del Texto articulado de la LRL), que invocaba, por cierto, a su favor la "circunstancia singularmente propicia... —que marca un acertado criterio de vuelta a lo tradicional— de que la Base 19 de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945, pendiente aun de desarrollar en texto articulado, torna a dar primacía a las costumbres o reglamentaciones de carácter local sobre las normas generales que regulan el aprovechmiento de los bienes comunales".

Pero antes de entrar en el examen de esta Ley o, lo que es lo mismo, del núm. 4 del art. 192 LRL, debemos analizar primero una frase que se desliza en su Exposición de Motivos y que parece justificar su existencia: "Municipios propietarios de montes que fueron adquiridos por el común de vecinos" (40). ¿A qué montes se refiere la ley? ¿Será aplicable solamente a los montes llamados del común de vecinos (que han sido ya estudiados con todo detalle en otro capítulo)? ¿O a los montes *adquiridos* por el común de vecinos?, es decir, de origen conocido y concreto.

A nuestro entender, no debe seguirse una interpretación tan restrictiva, ya que ni el origen ni la naturaleza de los montes llamados del común de vecinos tienen un carácter tan preciso como para basar en ellos un criterio legal específico. Evidentemente, ese no ha sido el espíritu de la ley, y tal matiz nunca ha sido recogido por el Tribunal Supremo, ni por el Consejo de Estado. Lo que sucede es que la Exposición de Motivos, pretendiendo justificarse, se ha dejado lle-

---

normas que tiendan a encauzarlo en el doble sentido de exigir determinados requisitos a los beneficiarios, aparte su inscripción en el padrón de vecinos, y cuidar que tales bienes no sufran menoscabo y sus productos sean destinados preferentemente a mejoras colectivas que a todos alcancen".

(40) La Exposición de Motivos del R. D. de 1930 habla, igualmente, de "montes... adquiridos con anterioridad de muchos años por sus antepasados".

var de un cierto romanticismo, totalmente impreciso. Felizmente esta incorrección no ha tenido transcedencia jurídica, al no haberse recogido en el texto de la ley.

Esto sentado, reanudemos el hilo de la exposición del número 4 del artículo 192 LRL.

2. El problema capital de este precepto estriba en dilucidar cual es el papel de los Ayuntamientos en esta actividad determinadora de las condiciones de arraigo exigidas para poder participar en los aprovechamientos: si deben limitarse a *recoger* las normas consuetudinarias ya existentes, o si pueden *reglamentar* originariamente la forma de los aprovechamientos. Dicho con otras palabras —como indica GARRIDO— si existe o no existe un poder reglamentario de los Ayuntamientos sobre este punto. Las consecuencias de adoptar una u otra actitud son muy diferentes. Esto se observa ya al considerar la función del Ministerio de la Gobernación y del Consejo de Estado en el momento de aprobar las Ordenanzas municipales propuestas: en un caso deberán limitarse a comprobar si en ellas se ha recogido fielmente la tradición ya observada, y en otro, a examinar su legalidad.

En este punto GARRIDO admite sin reservas la potestad reglamentaria de los Ayuntamientos, sin que tengan que limitarse a recopilar normas consuetudinarias (41). Los argumentos que pueden invocarse en apoyo de su tesis, son varios y de fuerza:

1) La base 19 de la Ley de 1945 establece un sistema de aprovechamiento de los bienes comunales, solamente con carácter subsidiario "a falta de costumbre o *reglamentación local*. Lo cual implica no sólo respeto a los reglamentos que antes hayan estado en vigor, sino también a la misma potestad reglamentaria, en cuyo ejercicio se dictaron aquellos reglamentos y que en todo momento podrá volver a actuar para modificarlos, anularlos o dictar otros nuevos.

(41) En *Sobre los bienes comunales*, cit., págs. 688 y sigs.

2) La Ley de 1948 autoriza expresamente a los Ayuntamientos para dictar ordenanzas especiales en las que se fijen las circunstancias de vinculación, arraigo o permanencia necesarios para poder disfrutar de los aprovechamientos comunales.

3) El hecho de que en esa ley se haga una especial referencia a la existencia de peculiaridades locales propias sancionadas por la costumbre o reglamentaciones tradicionales, no implica una limitación de la potestad reglamentaria municipal. Recuérdese el artículo 111 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones locales de 17 de mayo de 1952: "Los antiguos usos, costumbres u ordenanzas locales o comarcales que comporten modalidades típicas de cualquier índole, avaladas por la tradición o por la historia, podrán ser declaradas subsistentes en su primitiva forma o *adaptadas a las transformaciones de la vida comunal*".

4) El hecho de que estas ordenanzas especiales hayan de ser aprobadas por el Ministerio de la Gobernación, previo informe del Consejo de Estado, significa una adecuada garantía, no ya del hecho de que efectivamente las condiciones de arraigo y vinculación exigidas estén amparadas en costumbres concretas, sino lo que es más importante, de su racionalidad.

"En resumen —termina diciendo GARRIDO— supuesto que el sistema legal vigente admite que los Ayuntamientos y Juntas vecinales exijan circunstancias especiales de arraigo y vinculación a la localidad para otorgar los beneficios de los aprovechamientos comunales, resulta mucho más importantes que tales exigencias sean justas y racionales, que el encontrar apoyo concreto en una costumbre tradicional". Y a mayor abundamiento, invoca en defensa de su tesis, el criterio del Consejo de Estado, quien al informar las Ordenanzas municipales antes de ser aprobadas por el Ministerio de la Gobernación, ha tenido ocasión de insistir en esta potestad reglamentaria de los Ayuntamientos: Así, en el dictamen de 23,

9.1949 se afirma expresamente que la ley de diciembre de 1948 "deja en libertad a los Ayuntamientos para fijar las condiciones" (42).

Pero, analizando en su conjunto la doctrina del Consejo de Estado, resulta un criterio muy distinto: Así, el dictamen de 3.7.1954 (43), se expresa de forma contundente en un sentido contrario:

> "Es cierto que la ley de 23.12.1948 y el artículo 192 de la de Régimen local, autorizan a los Ayuntamientos en estos casos, a exigir como condición previa para participar en los aprovechamientos el cumplimiento de determinados requisitos de vinculación, arraigo, permanencia o edad; pero no dejan a las Corporaciones en absoluta o arbitraria libertad a este respecto, sino que exigen que en la determinación de tales condiciones se atengan a la costumbre local. Como en el expediente no se acredita de ninguna forma que la costumbre local sea reconocer ese derecho sólo a partir de los 37 años, la fijación de esta edad debe considerarse por completo arbitraria".

Mayor flexibilidad ofrece el dictamen de 12.7.1956 en el que se afirma que el artículo 192 LRL

> Confiere a los Ayuntamientos facultades para establecer condiciones de vinculación, arraigo, permanencia o edad, según costumbre local para que los vecinos puedan participar en los aprovechamientos, lo que confiere carácter legal a la discriminación entre los vecinos que, sobre la base de tales condiciones, se haga a los efectos indicados (44).

Una interesante solución apunta el dictamen de 28.6.1956:

---

(42) *Recopilación de doctrina legal* (1949-1950), 1958, pág. 94. La sentencia de 31.1.1963 parece inclinarse decididamente por esta tesis, apuntando que la existencia de "normas consuetudinarias tradicionales" opera sencillamente como condición o premisa para que determinados Ayuntamientos puedan ejercer en esta materia la potestad reglamentaria, y declarando, además, que la frase "según costumbre local" no debe entenderse como una obligación inexorable y estricta de atenerse a todos los pormenores de la regulación consuetudinaria, repitiendo ésta sin la menor modificación", invocando a tal efecto el ejemplo del art. 111, ya citado, del Reglamento de Organización de las Corporaciones locales.

(43) *Recopilación de doctrina legal* (1953-1954), 1959, págs. 71-72.

(44) *Recopilación...* (1955-1956), 1960, pág. 101.

"El Consejo de Estado no tiene reparo alguno que oponer a la aprobación de las modificaciones sugeridas, habida cuenta de que con ellas se trata, tal como lo exige el artículo 192, 4 LRL, de ajustarse a la *costumbre tradicional, siendo facultativo del Ayuntamiento dentro de ella,* el fijar las condiciones de vinculación, arraigo, permanencia o edad exigibles para la calificación de los vecinos como titulares del derecho" (45).

Tenemos, pues, dos interpretaciones contrapuestas: la de GARRIDO FALLA, que reconoce sin reservas, el poder de las Corporaciones locales para introducir elementos que antes no existían, y la actitud del Consejo de Estado que, con algunas vacilaciones, sostiene la necesidad de que las Ordenanzas locales se atengan estrictamente en este punto a la tradición. Nosotros, aun considerando de gran fuerza los argumentos en que GARRIDO apoya su tesis, creemos que debe prevalecer la contraria, vista la rotundidad del artículo 192, 4 LRL.

3. El planteamiento dogmático de esta cuestión es muy interesante: se trata en suma, del viejo problema del conflicto entre dos fuentes de derecho objetivo: la costumbre y la Ordenanza. Y en este punto no se carece, en verdad, de soluciones científicas y jurisprudenciales.

a) El planteamiento tradicional de la cuestión se refiere, no obstante, a un problema que aquí no nos afecta inmediatamente: la posibilidad de que la costumbre local *(observancia)* contradiga los principios generales informadores del régimen municipal. Tal sería el caso, por ejemplo, de costumbres limitadoras subjetivamente del derecho de los aprovechamientos comunales, si no existiera el art. 192, 4 LRL. La solución es unánime: en virtud de la teoría general de la jerarquía de las fuentes, la observancia debe ceder ante la Ley (46).

(44) *Recopilación...* (1955-1956), 1960, pág. 101.

(45) *Recopilación...* (1955-1956), 1960, pág. 103.

(46) LANDMANN, GIERS, PROKSCH, *Allgemeines Verwaltungsrercht.*, 2.ª edición, 1961, pág. 39, citan a este respecto jurisprudencia del Tribunal Supremo Administrativo de Baviera en la que se niega validez a observancias que imponen unos requisitos para el disfrute de los bienes comunales, que no coinciden con las leyes generales. Aquí

b) Ciñéndonos más al tema, cabe la posibilidad de identificar observancia y ordenanza, como se entendía ya por un importante sector doctrinal de la Edad Media (47), que llega hasta nuestros días. En este caso, se trata de un problema general de conflicto de normas del mismo rango, que BORSI, en el lugar citado, pretende resolver paternalmente aconsejando su armonización.

c) Al llegar aquí se ve claro que en el terreno de los principios no puede darse una solución definida y general a esta cuestión, para llegar a la cual hemos de remitirnos exclusivamente al rango normativo que en nuestro ordenamiento tienen tanto las ordenanzas como las observancias. Para nosotros, es claro que las ordenanzas municipales tienen en nuestro derecho, simplemente, el valor que les concede la ley, por estar subordinados a ella. Pues bien, en la concesión estatal a los municipios de su potestad de ordenar los aprovechamientos comunales se ha impuesto una condición: el respeto a las costumbres tradicionales de determinación de beneficiarios, con lo cual, como, a la postre, la ordenanza solo puede operar dentro del marco que la ley le ha señalado, no hay lugar aquí para aplicar las reglas generales de la jerarquía de fuentes, y hemos de atenernos a la habilitación legal concreta.

De esta manera, el recorrido dogmático-erudito que acabamos de hacer, nos trae al punto de partida: al respeto literal del artículo 192, 4, LRL, cuyo sentido nos ha sido, sin embargo, iluminado, puesto que aparecen las costumbres tra-

---

deben considerarse también las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, citadas en otro lugar, en que se mantenía idéntica doctrina, antes de que apareciese el R. D. de 1930.

(47) *Statutum*, según la conocida formulación de BALDO, *est voluntas populi "declarata", sed consuetudo est voluntas populi "tacita" ex diuturno uso proviniens*. Todavía a principios del siglo XIX sostienen EICHHORN y MAURENBRECHER la tesis de la ordenanza como *statum tacitum*. Una supervivencia actual puede verse, por ejemplo, en BORSI, "Le fonzioni del Comune italiano", en el *Primo Trattato*, de ORLANDO, volumen 2, parte 2, 1915, pág. 100, donde afirma que la conciencia jurídica popular constituye la fuente común del Reglamento comunal y de la costumbre, lo que sucede es que ésta se expresa difusamente, y aquél, a través de órganos concretos.

dicionales, a que en él se alude, como un dato que condiciona la redacción de las ordenanzas; dato que no puede pasar por alto la Corporación, pues ello significaría quebrantar la habilitación legislativa específica. Tan específica que excluye el juego de los otros preceptos citados por GARRIDO.

4. En cuanto a la estructura de este tipo de Ordenanzas, es, dentro de su variedad, relativamente homogénea. BULLÓN (48), después de haber consultado las de Canicosa de la Sierra y Palacios de la Sierra, en la provincia de Burgos, y las de Cabrejas del Pinar, Covaleda, Duruelo de la Sierra, Navaleno y Vinuesa, en la provincia de Soria, resume así sus resultados:

> "Los padrones de habitantes reflejan las clasificaciones de la población conforme a la legislación común, pero las Ordenanzas locales advierten que el hecho de estar clasificados como vecinos en tal documento no da derecho a disfrutar los aprovechamientos comunales si no reunen los clasificados, como tales, las condiciones de nacimiento en la localidad, ser hijos o nietos de naturales del Municipio, haber contraído matrimonio con un natural del Municipio y residencia efectiva en el mismo con casa abierta. Reuniendo estas condiciones, la participación en los aprovechamientos comunales, en relación con las categorías de población, salvo ligeras variaciones, suele ser así: cabezas de familia (casados o viudos de uno y otro sexo con hijos menores a su cargo), un lote entero; vecinos emancipados (generalmente mayores de veinticinco años), medio lote; huérfanos menores de edad (domiciliados), una participación variable, según su número, que no rebasa en ningún caso, el lote entero. La comunidad familiar se tiene siempre en cuenta en estas Ordenanzas, muy interesantes en cuanto a la trascendencia jurídica de las categorías de población, y cuya subsistencia es una prueba de la inadaptabilidad de las clasificaciones legales a estos efectos".

Según MARQUÉS CARBÓ, en Caralps (Gerona) tienen derecho a los aprovechamientos comunales los varones casados o viudos y las mujeres viudas con casa abierta (49).

---

(48) *La población municipal,* cit., pág. 177.
(49) En *Informaciones municipales,* núm. 71.

Este mismo autor, en otro lugar (50), afirma que en las Ordenanzas de Regumiel de la Sierra se dispone que tienen derecho a los aprovechamientos comunales forestales "los varones o hembras mayores de veinticinco años, cuyo padre o madre, alguno de los abuelos o ascendientes anteriores fuese natural de esta localidad, debiendo reunir además los requisitos de vecindad y residencia".

Por último, en el dictamen del Consejo de Estado de 28 de junio de 1956 (51), se transcriben unas Ordenanzas municipales en las que se proponen las siguientes limitaciones subjetivas a los aprovechamientos forestales: a) Limitan la adquisición del derecho por sucesión a los hijos de padres del pueblo que hubieran disfrutado de los aprovechamientos, con expresa exclusión de los nietos, a título de tales; b) Reiteran esa limitación para los solteros, que entran al disfrute a los veinticinco años, tomándose como base la fecha del 1 de octubre en que comienza el año forestal; c) Reduce el derecho del varón forastero que contrae matrimonio con hija del pueblo a medio lote, concurriendo, además, las circunstancias de que ambos contratantes sean mayores de veinticinco años con nueve meses de residencia anterior en el pueblo; d) Regulan los derechos del viudo o viuda, en los que concurran las circunstancias generales de calificación para el disfrute, que contraiga segundas nupcias con persona no calificada y al que se asigna medio lote, excluyéndose del derecho por esta misma causa al viudo o viuda que estuviera calificado por haber contraido primeras nupcias con persona legitimada para el disfrute; e) Exigen con generalidad la residencia anterior de nueve meses, tomando como base la fecha de 1 de octubre para el disfrute de los aprovechamientos; f) Consagran el reconocimiento de los derechos adquiridos sobre la base de las Ordenanzas vigentes.

Frente a este tipo de discriminaciones, se han alzado con frecuencia voces que las han calificado de irritantes privi-

---

(50) En *El derecho local...*, cit., I, pág. 912.
(51) *Recopilación...* cit. (1955-1956), 1960, pág. 103.

legios, contrarios al principio de igualdad de los vecinos ante la ley. A este repecto, observa GARRIDO que los que así opinan olvidan "que la propiedad comunal, como toda propiedad, tiene que respaldarse en normas que garanticen su conservación. El argumento, por lo demás, es obvio: si la propiedad comunal debe mantenerse, ha de ser aceptando una de estas dos soluciones: o se restringe la admisión de nuevos vecinos en los pueblos propietarios, o se condiciona el sistema de aprovechamientos. Tengo que decir —termina— que personalmente prefiero esta última solución, que, en definitiva, es la admitida legalmente" (52).

5. El problema puede ser también enfocado desde otro punto de vista más amplio si nos colocamos, conforme a la línea seguida en general en este libro, en un plano histórico-dogmático. La cuestión de la actitud de la discriminación entre los vecinos de un municipio en orden al aprovechamiento de los bienes comunales es tan vieja como la existencia misma de los mismos municipios, y así ha sido resuelta en el derecho comparado de muy diversas maneras, cuyo conocimiento nos va a ser muy útil.

A) *Alemania.*

El grave problema de la legitimación para el derecho a los aprovechamientos comunales presentó en Alemania una enorme virulencia histórica, debido precisamente a la importancia que en su economía representaban los bienes comunales (53). Pero, al menos en las aldeas rurales, no llegaron a surgir conflictos serios, ya que las inmigraciones —que eran siempre su causa principal— eran mínimas y además porque la homogeneidad de clase y profesión de todos los vecinos no daba lugar a la formación de grupos con intereses opuestos.

En cambio en las ciudades, las disensiones desembocaron frecuentemente en luchas callejeras sangrientas. Aquí se encontraban perfectamente diferenciados y enfrentados dos grupos: de un lado,

---

(52) *Sobre los bienes comunales,* cit., pág. 692. Sobre este punto se insiste en el último capítulo de esta obra.

(53) Cfr., para lo siguiente, GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht,* cit., II, págs. 677 y sigs.

los descendientes de los antiguos comarcanos —que seguían realizando aprovechamientos comunales como un derecho propio e indiscutible— y de otro lado, los inmigrantes, artesanos y jornaleros, a los que se negaba, no ya el derecho a aprovechamientos, sino la misma condición de ciudadanía.

Ahora bien el interés de todos estos individuos por los aprovechamientos comunales era muy diferente, lo que había de repercutir en las controversias que se produjeran: buena parte de los ciudadanos viejos, abandonada la labranza, se convirtieron en auténticos burgueses, para quienes la *Allmende* sólo ofrecía un pequeño interés reducido a las leñas y al pastoreo de los animales de uso doméstico. La consecuencia fue que no se solidarizaban íntegramente con sus compañeros de origen, todavía empresarios agrícolas o ganaderos, para quien la *Allmende* seguía teniendo un interés esencial. Para los obreros y artesanos tenía también un gran interés la *Allmende*, dado lo miserable de su situación, no obstante que, en el mejor de los casos, tampoco hubiesen podido basar en ella una economía agraria.

Así las cosas, la disputa se agrió —por encima indudablemente de los valores económicos de la *Allmende*— al colorease de un tinte político; lo que se puso en juego no fue ya un derecho de pastos o leñas, sino la condición de vecino que se vinculaba a tales derechos. Lo que solicitaban los menestrales y residentes era algo más que una participación en la *Allmende:* era una participación en la vida misma de la ciudad mediante un reconocimiento de su condición de vecinos, que tradicionalmente se les venía negando por parte de los vecinos viejos.

Rotas las hostilidades, el proceso de formación de la personalidad de la ciudad, ya estudiado en otro lugar, había de decidir la cuestión en la mayor parte de los casos (54) en beneficio de los simples residentes. Mientras siguió entendiéndose que los derechos de aprovechamiento de la antigua marca eran derechos privados, derivados de la antigua relación privada de comunidad, era lógico que no pudieran participar en los mismos los forasteros. Pero cuando apareció la ciudad como una persona jurídica que absorbió, o pretendió absorber, la propiedad comunal, cesaron ya estas relaciones directas jurídico-privadas entre los bienes y los comuneros, y los derechos se derivaron de la ciudad como persona, fue lógico que todos los residentes, invocando su condición de miembros de la ciudad, la es-

---

(54) No debe pensarse en una solución única, fórmula jurídica que sólo podría imponerse en el siglo XIX. El particularismo se ha mantenido en Suiza, donde cada localidad ha resuelto por sí misma, y de diferente manera, el problema de sus antiguos bienes comunales.

grimieran como fuente de derecho público, y la antigua exclusividad jurídico privada tuviera que ceder paso a estos derechos públicos que a través de la ciudadanía recaían indirectamente sobre los bienes comunales.

En el siglo XIX se produjo un movimiento de uniformidad y aclaración de las variadas y confusas situaciones existentes. Ahora bien, los criterios seguidos han sido muy diferentes: El Edicto comunal bávaro de 1808 y el de Nassau de 1816, impusieron el principio de la igualdad vecinal, suprimiendo todas las diferencias existentes entre los vecinos basadas en pretendidos derechos privados, y prohibiendo la formación de otras nuevas para el futuro. El Edicto comunal de Frankfurt de 1829 impuso la misma prohibición para el futuro, pero más respetuoso con los llamados derechos adquiridos, admitió el ejercicio de los existentes en la fecha, al menos durante la vida de sus beneficiarios, pero prohibiendo en todo caso la transmisión y la herencia de los mismos. Pero la mayor parte de las legislaciones (Ley comunal austriaca de 1849, y los diferentes Edictos comunales de Württemberg, Sachsen, Oldenburg y Weimar) se limitan a declarar como regla la naturaleza jurídica-pública de los aprovechamientos, reconociendo, sin embargo, la existencia de aquellos otros derechos especiales basados en las tradiciones y contratos. De esta manera lo único que sucede es que se ha impuesto la carga de la prueba a los individuos que alegan un derecho de aprovechamiento, no en cuanto miembros de la comunidad política, sino en cuanto individuos privados o miembros de una asociación privada. Una modalidad especial ofrece la más moderna reglamentación prusiana de mayo de 1867 para la liquidación de servidumbres, partición de colectividades y agrupación de parcelas del antiguo ducado de Hessen, la cual reconoce la existencia de copropiedades colectivas y derechos de aprovechamientos sobre terrenos comunales basados en títulos especiales, pero sin establecer ninguna presunción dentro de los mismos, es decir, que se remite a las situaciones existentes.

B) *Suiza.*

La realidad de Suiza nos brinda uno de los ejemplos más característicos de la aludida disociación entre los derechos políticos de la integración en una comunidad y los derechos privados de aprovechamiento de los bienes de la misma.

Desde el siglo XVI se fue formando un derecho de vecindad separado del de la simple residencia. Al menos así fue en relación fundamentalmente con la regulación especial de la beneficencia, basada en el principio de que sólo tenía derecho a ser socorrido por el

Concejo el que tuviera la vecindad. De esta manera, esta cualidad terminó convirtiéndose en un derecho personal hereditario y transmisible, lo cual iba en contra de la tradición medieval, que abría sin más los campos comunales a todo el que se instalaba en el Municipio.

De esta manera se formaron dos clases de ciudadanos, los viejos y los nuevos, con dos economías diferentes. Todo ello con independencia de que los campos comunales estaban también al servicio de los fines generales y comunes y, además, que estaban administrados por el Concejo, como unidad política. Pero, en general, en cuanto a los aprovechamientos particulares, la mayoría, es decir, los viejos lograron imponer sus puntos de vista, y el carácter político de la *Allmende* fue desapareciendo. No obstante, en otros lugares triunfó el carácter político del Concejo y la *Allmende* se convirtió en una propiedad pública, bastando la simple condición de ciudadano para tener derecho a sus aprovechamientos. Sin que faltara, por último, una tercera solución: el reparto, marcadamente fomentado por el derecho cantonal, pero que encontró gran resistencia entre la población de las regiones montañosas.

Como consecuencia de esta impermeabilidad del Concejo respecto de los forasteros, existían o podían existir en él muchos individuos que carecían de derechos sobre los comunales. Situación que desembocó en el siglo XIX en un traspaso, muy generalizado, de las facultades del Concejo a asociaciones no políticas, o agrupaciones de vecinos *(Bürgerverbände)* respecto de la administración de estos bienes comunales.

La conclusión es que en la actualidad —y debe recalcarse lo que esto significa de excepcional dentro de Europa— buena parte de las *Allmende* o bienes comunales no se encuentran imputadas al Municipio ni dominical ni administrativamente. La situación viene a ser la siguiente:

a) En la meseta: en general la *Allmende* sigue siendo propiedad pública y, bajo este pretexto, la autonomía comunal está fuertemente mediatizada por la legislación cantonal.

b) En las montañas suelen haber conservado las antiguas asociaciones privadas de vecinos sus posesiones sobre estos bienes, identificándose incluso con las asociaciones privadas ordinarias, si bien no dejan de presentar algunas peculiaridades que les aproximan a la esfera pública. Esta aproximación se deduce de las siguientes circunstancias: 1) su base territorial suele ser la misma que la del Municipio, 2) desarrollan fines públicos, como la conservación de calles, puentes, fuentes, , etc., que en otros lugares están encomendados al Municipio,

3) están sometidas a un control similar al de los Municipios, 4) sus bienes suelen ser tratados por el legislador y por la Administración como si fueran propiedad de la *Gemeinde*, lo que no deja de ser incongruente, y ha provocado siempre justificadas resistencias por parte de las asociaciones.

No obstante, conservan su personalidad privada o por lo menos especial. Fenómeno que se ve muy favorecido por la conocida circunstancia de que en Suiza no son los Municipios los únicos entes territoriales menores de derecho público.

Hechas estas salvedades, puede generalizarse diciendo que:

a) Las *Gerechtigkeitsgenossenschaften* de Aargan, las *Bürgergemeinde* y *bürgerlichen Korporationen* en Bern y las *Allmendegenossenschaft* en Zürich tienen una naturaleza predominantemente privada, es decir, que sólo tienen derecho a los aprovechamientos los descendientes de los antiguos vecinos, sin que la simple residencia conceda derechos de ninguna clase a este respecto.

b) Tienen un carácter semipúblico, es decir, que en determinadas circunstancias tienen los nuevos vecinos algunos derechos sobre los bienes comunales, las *Korporationsgemeinden* en Zug, Appenzell, y Luzern, las *Genossamen* en Glarus, las *Genossenschaften* y *Korporationen* en St. Gallen, las *Teilssamen* en Obwalden y las *Ober-und Unterallmendendkorporationen* en Schwyz.

c) Por último, en las zonas más montañosas, donde era tradicional un carácter rigurosamente privado, éste ha venido a transformarse en público, y soporta en consecuencia una fuerte intervención administrativa en razón a las necesidades técnicas de protección de los bosques, que no pueden seguir confiados en manos privadas (55).

C) *La jurisprudencia europea.*

El problema, aunque puede reconducirse *in extremis* a esta cuestión de la personalidad de la ciudad, y a la alternativa de si se trata de un derecho público o privado, alcanzó en la práctica contemporánea un tratamiento técnico muy distinto. Interesa aquí poner de relieve la perfecta sincronización de los juristas europeos durante el derecho intermedio: en cualquier disputa, como vamos a ver, se barajan autores de todas las naciones y sentencias de cualquier Tribunal. Sobre la comunidad dogmática académica se añade en este punto de

(55) Sobre todo lo anterior, K. BUECHER, voz "Allmenden", en el *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 4.ª ed., 1923.

los bienes comunales, valga la redundancia, una comunidad de situaciones económicas, que se ha prolongado también en cierto sentido hasta nuestros días.

La praxis fue en general favorable al reconocimiento de *iura singulorum* independientes, y apoyándose en la tradición, mantuvo las *diferencias consuetudinarias en la legitimación* de distintas clases de socios, aplicando, a falta de un criterio legal de participación, la relación de propiedad territorial o de capital, tanto con referencia a los aprovechamientos como a la substancia de los bienes comunales (56).

La jurisprudencia italiana, no obstante, apurando las consecuencias de la concepción puramente corporativa, contribuyó a imponer ya entonces una tendencia contraria, que propugnaba un quebranto radical de la tradición en beneficio de la igualdad de derechos de todos los miembros de la comunidad. Ya hemos visto como la validez de los acuerdos mayoritarios —por los que se determinaba el exclusivo aprovechamiento del terreno comunal para la comuna en cuanto tal, eliminando los aprovechamientos particulares— acostumbraba a justificarse por cuanto así se hacía desaparecer la desigualdad. En el mismo sentido redactó SILVANUS un extenso dictamen en pro de la igualdad de derechos de los domiciliados y transeuntes respecto de los vecinos viejos, en razón a que dichas gentes, que solía calificarse incorrectamente de forenses, eran en realidad vecinos nuevos, y que el nacimiento propio o el del padre o el del abuelo en el lugar hace vecino. Pero en cuanto a tales son estos *vere municipes seu oppidarii* y por tanto calificados por la participación regular en todos los *honores, munera et bona quaecumque universitatis,* sin que medie ninguna diferencia entre los bienes comunes destinados al uso común

---

(56) GRAVETTA *(Consilia...,* Francof. a. M. 1611, cons. 154): el aprovechamiento debe hacerse según costumbre; en caso de discusión de *usu pascui illud dividi debet pro rata praediorum et corum necessitate.* DECIANUS V rest. 43 y 49: sólo los vecinos, no los forenses, participan en la parcelación comunal, la cual procede de acuerdo con los principios sentados por BARTOLO, para la repartición del patrimonio de los collegia disueltos, es decir, según la participación en las cargas comunales, y, por ello, de ordinario, según el capital. Según PACIANUS *(Consilia et Responsa,* Vindel, 1605, cons. 73), debe hacerse la repartición conforme a los mismos principios: los hijos con casa propia son munícipes y, por tanto, legitimados en la participación. Según FLAMINIUS DE RUBEIS *(Consilia seu juris responsa,* Francof, a. M., 1602, I, cons. 6), el que no es cives ni por nacimiento ni por adopción y no es incola por su domicilio, sólo tendrá derecho al prado común en razón a una concesión graciosa. Datos tomados de GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht,* cit., IV, págs. 127 y sigs., a quien seguimos en este tema.

y los destinados al uso particular de los individuos ya que también estos útimos son un bien corporativo. La consecuencia es que todo municipe puede exigir su parte correspondiente *(partem ei contingentem)* en los bienes comunales. Ningún vecino lo es de mayor o menor calidad que otro y es absurdo un privilegio de los *antiquiores* ya que el terrenó comunal fue adquirido en su tiempo por el *populus universus,* que es idéntico al actual *populus universus.* Otra consecuencia de considerar a la Comuna como una *substancia et quaedam persona ficta et representata* es que el trato de los miembros de esta unidad según derechos desiguales es inadmisible y se impone la repartición regular de cargas y perjuicios del *vinculum societatis* que a todos liga. Por lo mismo debe considerarse nula por injusta y tiránica toda ordenanza que vaya contra estos principios.

Con argumentos exactamente iguales intentó MENOCHIUS impugnar por antijurídica una partición de *bona comunalia* realizada el año 1559 en Lonadum en atención a que habían sido excluidos los vecinos nuevos con la incorrecta denominación de forenses, ya que dichos bienes —que habían sido comprados en 1408 "nomine et vice universitatis" e inscritos in *registris atque aestimio— son nomine singu'arum personarum, sed totius universitatis* y no pueden ser atribuidos simplemente *singuli originali illius aetatis et eorum descendentes,* sino que debían servir también como *bona totius universitatis a omnibus simul in universum.* Los vecinos nuevos están equiparados a los demás vecinos y *continetur sub nomine communis et hominum* Lonadi. Es absurda la distinción, hecha de contrario, entre *communalia communia y communa!ia originariorum* ya que los *bona communitatis* están determinados precisamente porque *pro commodo omnium qui illius universitatis sunt.*

MENOCHIUS quería también en su dictamen equiparar a varones y hembras, mientras que SILVANUS, en la primera parte del suyo, ya citado, justificaba detenidamente la exclusión de las mujeres de los aprovechamientos.

Pero MENOCHIUS —jurista mercenario, al fin y al cabo— en otro asunto propugna los derechos exclusivos de los vecinos viejos *(originarii)* argumentado, en primer lugar, que si bien es cierto que los bienes comunales habían sido adjudicados en el año 1358 simplemente a *communitas et homines centi,* en la *renovatio investiture* lo había sido hecho a los *homines et comun posteri.* Ahora bien, teniendo en cuenta que la *universitas,* en cuanto tal, no tiene descendencia, se deduce que la adjudicación había sido hecha a los *singuli* de aquel tiempo y a sus descendientes. Además, por otro lado, pretendía armonizar la exclusión de la *Allmende* de los vecinos nuevos y habi-

tantes *(cives assumpti et incolae)* con el concepto de *res universitatis.* Dicha exclusión está abonada por una antigua observancia concorde con la costumbre de los lugares vecinos, y además ha sido declarada válida por unas ordenanzas comunales, debidamente confirmadas por la superioridad. Por lo demás, con el nacimiento o con el domicilio surge junto a la admisión en la comunidad la carga del derecho de ciudadanía y con ello la calidad de miembro en el *corpus fictum* unitario, que, en cuanto tal, *diverso iure censeri non debet.* Solamente en este punto son los vecinos nuevos *recepti et admissi inter incolas et habitatores, non tamen affecti sunt ex eodem corpore in omnibus et sic simpliciter et absolute, res qualificate,* aceptándoseles solamente con la condición *ne partem eorum bonorum consequantur,* por lo cual no están legitimados ni para participar en el goce de los bienes comunales ni para colaborar en la redacción de sus estatutos (cons. 390).

De una manera similar, y para justificar la exclusión de los bienes comunales de los residentes y transeuntes, BERTAZZOLIUS *(Decisivae consultationes,* Francof. a. M. 1603, cons. 125) recortó las consecuencias de la naturaleza corporativa de los aprovechamientos comunales mediante la suposición de una admisión solamente parcial y condicionada en los derechos de ciudadanía.

Por otro lado, el principio de que los bienes comunales, en cuanto *res universitatis,* deben beneficiar a todos los que pertenecen a la universitas fue utilizado también para justificar los derechos de aprovechamiento de los señores territoriales y monasterios radicantes en el territorio.

D) *El jurista carrionés FERNANDEZ DE OTERO.*

En este repertorio de autoridades de derecho comparado e histórico no podía faltar la voz del jurista carrionés FERNÁNDEZ DE OTERO, repetidamente citado en esta obra (57):

OTERO defiende resueltamente la tesis de que los forasteros que se avecinan en el pueblo *(noviter aliunde venientes)* tienen derecho a participar en los aprovechamientos comunales (de pastos), lo que argumenta con las siguientes consideraciones:

1) Los derechos públicos no pueden ser derogados, y ni siquiera reducidos; a la república interesa que se aumenten y pueblen las ciudades, *ergo nullo modo civitas aut villa poterit se excusare a re-*

---

(57) Cfr. *De pascuis...,* cit., cap. V, págs. 12 y sigs. de la edición citada.

ceptione civium nec vicinitatem denegare; y en este punto invoca la opinión de MIERES y de GIRONDA.

2) El principio de que *nihil est impedimento, quominus quis, ubi velit, domicilium habeat, quod ei inderdictum non sit.*

3) Es inicuo e irracional no admitir a nuevos vecinos, y la ciudad que deniega su domicilio y sus privilegios actua *ex avaritia et ambitione.*

4) Y además implica una suerte de reprochable monopolio, como ya pusieron de relieve BALDO, BARTOLO y SILVANO.

5) Negar los privilegios de la vecindad a los residentes implica una servidumbre inadmisible.

6) Por aplicación de la l. 2, tít. 9, lib. 4 de Nueva Recopilación, que garantiza la libertad de cambio de domicilio.

6. Nos queda, por último, examinar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyo criterio, a la postre, va a ser el definitivo, y que, como vamos a ver, también se decide por la tesis de que las limitaciones no pueden ser establecidas libremente por el Ayuntamiento en el ejercicio de sus facultades reglamentarias, sino que han de recogerse inexcusablemente de las costumbres tradicionales existentes.

El pensamiento de nuestro más alto Tribunal puede resumirse en los siguientes apartados:

a) *La evolución legislativa, según la jurisprudencia.* Se encuentra resumida en un considerando de la sentencia de 31.5.1954:

> El R. D. de 8.4.1930 modificó el artículo 159 del entonces vigente Estatuto municipal de 1924, en el sentido de que no obstante lo dispuesto en este precepto sobre aprovechamiento de bienes comunales, subsistirían las costumbres de los pueblos sobre este punto, debiendo someterse a conocimiento y resolución del ministerio respectivo los estatutos que sobre ordenación de tales aprovechamientos se formularan cuando ellos contradijeren las reglas del Estatuto Municipal. Posteriormente, hubo de ser revisada por cambio del régimen político toda la obra legislativa de la Dictadura, derogándose consiguientemente, en cuanto se oponía a las leyes votadas en cortes, aquel Real Decreto de 8.4.1930..., y ya sin virtualidad el

mismo, la legislación común disponía que todos los vecinos de un término, por hecho de serlo, participaban en los repartos de bienes comunales, derecho reconocido asimismo por los artículos 35 y 155 de la posterior ley de 31 de octubre de 1935. Con el mismo espíritu y propósito que tuvo aquel derogado decreto de 8.4.1930, la ley de 23 de diciembre de 1948 concedió una facultad excepcional a los Ayuntamientos que viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de montes comunales mediante concesiones periódicas de suertes o cortas de madera a los vecinos de un modo consuetudinario, y esa facultad excepcional consistió en que, a diferencia de los preceptos de la legislación municipal común relativos al disfrute de bienes comunales, en el que participan todos los vecinos, aquellas corporaciones pueden exigir a estos "como condición previa para participar en los aprovechamientos forestales indicados, determinadas condiciones de vinculación, arraigo o residencia, según costumbre local, siempre que estas condiciones singulares y la cuantía máxima de los lotes o suertes sean fijados en ordenanzas especiales que necesitarán para su puesta en vigor, la aprobación del Ministerio de la Gobernación, el cual la otorgará o denegará oído el Consejo de Estado.

b) Una *doctrina general* se establece en la sentencia de 15.11.1962:

... atendiendo al aspecto o factor histórico en la exégesis del mencionado artículo único de la ley de 1948, es indudable que tal precepto tiende a la vez al mantenimiento de la exigencia de condiciones de arraigo y a respetar la facultad reglamentaria municipal en la materia; y que, por lo tanto, entre los criterios que en oscilación pendular se han mantenido en la legislación moderna: *a)* el de la uniformidad e igualdad indiscriminatorio de todos los vecinos, representado, por ejemplo, en el artículo 159 del Estatuto Municipal, y en el 155 de la Ley de 1935, sustituyendo las peculiaridades consuetudinarias locales por módulos legislativos centralistas en atención al número de personas que dependen de cada vecino o a la posición económica de éste, y *b)* el criterio del respeto a las locales normas antiguas de exigencia de arraigo en los vecinos beneficiarios, recogido v. gr. en la R. O. de 2.5.1854, la vigente ley se ha decidido por este último; y con arreglo a este "mens legis" o aspiraciones teleológicas —respecto a la peculiar reglamentación local y mantenimiento para todos los beneficiarios de las exigencias discriminatorias de arraigo— debe interpretarse el artículo único de la ley de 1948. La interpretación gramatical

—conjugada con los otros medios de hermeneutica— no contradice los resultados a que llevan los dos aspectos aludidos, el histórico y el del espíritu que informa la citada ley de 1948 y la vigente LRL, ya que en primer término es claro que la referencia en el párrafo inicial del articulo 5 de aquella, a las "normas consuetudinarias tradicionalmente observadas", es la condición o premisa necesaria para que determinados Ayuntamientos —aquellos en los cuales existieran consuetudinariamente montes comunales con aprovechamientos— en los que se concediera a los vecinos periódicamente suertes o cortas de madera, pudieran ejercitar en esta materia su potestad reglamentaria, es decir, pudiera haber en ellos, en principio, Ordenanzas municipales en tal materia; y en esta hipótesis, dichos Ayuntamientos, dice el articulo único, pudieran exigir requisitos de vinculación, arraigo, permanencia o edad, fijando —no suprimiendo— estas exigencias de vinculación, el arraigo, la permanencia y la edad, según costumbre local; frase esta última, relativa ya a la regulación en detalle que... puede referirse sólo a la edad, siendo de todos modos interesante, para la determinación de su alcance, como indicio de una interpetación auténtica de la ley de 1948, en cuanto reproducida en el art. 192, 4 de la LRL, el art. 111 del Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen jurídico de 17.5.1952, al disponer que las costumbres u ordenamientos locales que comporten modalidades típicas de cualquier índole, avalados por la tradición o la historia, podrán ser adaptadas a las transformaciones de la vida comunal, es decir, que aun en la hipótesis de que los aludidos requisitos (los exigidos en el caso de autos) hubieran sido anteriormente, en caso de matrimonio, exigidos solamente a uno de los cónyuges, nada impedía al Ayuntamiento de C. exigirlos a ambos; puesto que *la posibilidad del ejercicio de su facultad reglamentadora, que la ley de 23.12.1948 le reconoció y la LRL recogió, no se concibe limitada a atenerse inexorable y escuetamente, repitiéndolas sin las menores modificaciones, a las anteriores normativas como petrificadas e inalterables.*

c) La doctrina general que antecede, muy detallada y sutil ciertamente, es sin embargo, algo equívoca. Concretándola ha aparecido una copiosa jurisprudencia que ha sentado el *principio fundamental* de que las Ordenanzas deben recoger sus preceptos, en todo caso, de las costumbres existentes, lo que nos resuelve desde el punto de vista del Tribunal Supremo el problema que llevamos analizando a lo largo de este epígrafe.

S. 23.12.1955: En el preámbulo (de la ley de 23.12.1948) se explica que uno de los motivos de dicha ley era volver a reconocer la *libertad de los Ayuntamientos a practicar sus tradicionales costumbres,* que habian sido perturbadas por la ley municipal de 1935 y, aprovechando la circunstancia propicia de que la Base 19 de la Ley de Régimen local de 17.7.1945, pendiente en aquel momento de desarrollar el texto articulado, tornaba a dar primacía a las costumbres o reglamentaciones particulares de carácter local sobre las normas generales que regulan el aprovechamiento de los bienes comunales...

S. 12.2.1959: Promovido el presunto recurso... en razón a no acreditarse la existencia de la costumbre o uso tradicional que se invoca como para excluir la participación en tales aprovechamientos a los vecinos no residentes en el casco urbano. En cuanto a la costumbre del lugar, ha de tenerse en cuenta que invocada su existencia en el preámbulo de la Ordenanza con la expresiva frase de que "por venirse rigiendo con toda normalidad los principios consuetudinarios de reparto no se ha precisado con urgencia la aprobación de preceptos escritos que están en la mente y respeto de todos", se ofreció durante el período de exposición de la misma al público para reclamaciones la oportunidad de negar los expresados usos consuetudinarios por los vecinos que se creyeran perjudicados, sin que al efecto se les impusiera la carga de una prueba negativa, sino la demostración, o al menos alegación, de hechos afirmativos contrarios.

S. 27.11.1962: (el demandante) derivó su acción a la demostración de la ilegalidad de la Ordenanza, fundado en que ésta no recogió las costumbres consuetudinarias de la localidad... Para llegar a calar en la legalidad o ilegalidad de las expresadas ordenanzas, habremos de observar que el Ayuntamiento de C., al redactarlas, debió seguir uno de estos dos caminos: *a)* o el de conceder el reparto de los aprovechamientos a todos los que hubieren conseguido en el pueblo su condición de vecinos, pero atendiendo al número de familia que con ellos convivan en la casa, según el artículo 159 del Estatuto Municipal y el artículo 155 de la Ley Municipal; o *b)* el de dar paso a las costumbres tradicionales de la localidad, exigiendo determinadas condiciones de arraigo para efectuar esta distribución, como puede observarse ya en la R. O. de 2.5.1854, se ordena en el artículo único de la ley de 1948, y se recoge igualmente en el artículo 192, 4 LRL y en el 111 del Reglamento de Organización. El Ayuntamiento de C. siguió este último camino, no sólo por el ordenamiento de la ley de 1948, sino porque con ello, aparte de respetar una costumbre de antiguo observada, evitaba el abuso que podría

suponer que forasteros, que ningún vínculo les uniera con el pueblo, ganaran la condición de vecinos con el sólo fin de participar en los aprovechamientos comunales, en perjuicio de los demás... Que por otra parte, *para demostrar la ilegalidad del contenido de este artículo o de la Ordenanza, era preciso que el demandante hubiera aducido una prueba plena y decisiva de que la costumbre de C. era distinta de lo en ella consignado*, y esta prueba no se ha hecho.

S. 6.12.1962: Que en las sentencias anteriormente citadas (de 15 y 27.11.1962) este Tribunal ha formulado las siguientes declaraciones: 1. Que *en la primera instancia no se probó de ningún modo que la ordenanza de 1949 modificara las costumbres tradicionales en la localidad en orden a la existencia de condiciones de arraigo o vinculación para participar en la distribución de lotes forestales*. 2. Que dicha ordenanza gozaba y goza de la presunción de legalidad que le confiere el refrendo homologatorio por un acto de la Administración central, que en un momento gozó de publicidad y no fue impugnado por aquellos que estimaran lesionados sus derechos por el régimen que autorizaba.

d) Este principio fundamental se matiza y atempera con otro que impone el *respecto a los derechos adquiridos*, es decir, que las ordenanzas que establecen dichas peculiaridades o restricciones sólo pueden afectar a las situaciones futuras.

S. 16.11.1959: Esta Sala ha declarado con reiteración mediante sus sentencias de 31.5.1954, 23.5.1956 y 3.10 y 4 y 10.11. 1958 la irretroactividad de las disposiciones contenidas en la Ordenanza especial a que antes se aludió, y a la consecuente obligación del Ayuntamiento de R. de respetar las situaciones jurídico-administrativas consolidadas bajo la legislación anterior... y así la primera de tales resoluciones, que confirmó la Orden ministerial aprobatoria de la Ordenanza en cuestión, expresó categóricamente que ello habría de entenderse "sin perjuicio del derecho adquirido al amparo de la legislación anterior, siempre que los interesados a quienes se reconoció tal derecho continúen en las mismas condiciones de vecindad que determinaron la concesión del disfrute". El principio general de irretroactividad de sus disposiciones legales, enunciado en el artículo 3 del Código civil, con desarrollo concreto en las disposiciones transitorias del mismo, y aplicable para la interpretación de las de carácter administrativo, tiende a garantizar

la indemnidad de las relaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de una legislación derogada, y cuya eficacia se prolonga, en todo o en parte, bajo el imperio temporal de la que viene a sustituirla; de donde se infiere que los efectos potenciales o futuros de la relación perfeccionada conforme al ordenamiento extinto, aunque surjan a virtud de eventos circunstanciales que inciden sobre la titularidad sin modificar su esencia, pero ampliando su contenido, son tan merecedores de respeto como los consumados o pendientes en el momento de operarse el cambio legislativo: tesis que se adecúa tanto a la teoria clásica del derecho adquirido, que predica acatamiento para el que dimana de una situación legalmente consolidada y susceptible de producir beneficio patrimonial, como a la más moderna y amplia del hecho jurídico realizado, a cuyo tenor las consecuencias directas de éste perduran hasta agotarse con sujección a la regla "tempus regit actum".

S. 9.11.1960: La ordenanza especial aprobada en 1949 sobre repartimiento de pinos llamados de "privilegio" se formó por el Ayuntamiento de R. como consecuencia de la ley de 1948, la cual no contiene precepto alguno indicador de que las nuevas ordenanzas cuya formación permitía pudieran tener efectos retroactivos, antes, por el contrario, su articulo único, y más aún, su preámbulo, claro exponente del propósito del legislador, revelan que no fue otro, sino regular situaciones futuras para las cuales se autorizaba a modificar lo entonces vigente, en el sentido de poder exigir condiciones de arraigo a fin de evitar que forasteros sin vínculo alguno en determinados municipios vinieran a residir en su término para obtener la condición legal de vecinos tras breve lapso de residencia con la exclusiva finalidad de participar en los aprovechamientos de las cortas periódicas de los montes comunales, y así, el nuevo ordenamiento quedaba afectado naturalmente por el principio general de derecho que el articulo 3 del Código civil formula al decir que no tendrá, en el amplio concepto de toda norma jurídica, efecto retroactivo si no dispusiere lo contrario.

S. 8.3.1962: Que dictada la ley de 23.12.1848, el Ayuntamiento de V. redactó unas ordenanzas usando de las facultades de dicha ley y la sometió a la aprobación del Ministerio de la Gobernación, que autorizó dicha ordenanza, pero con reconocimiento del derecho que a todos los vecinos conceden para el aprovechamiento de leñas los artículos 35 y 155 de la Ley municipal entonces vigente, o sea, respetando los derechos adquiridos por esos vecinos, que lo fueran con anterioridad, criterio que han mantenido numerosas sentencias.

e) Según la sentencia de 19.1.1960 el acuerdo municipal no debe ser condicionado:

El interesado formuló recurso de reposición alegando que los datos constitutivos de su derecho estaban ya probados. El Ayutamiento resolvió acceder a lo solicitado, siempre que a resultas de la resolución del expediente que se le instruía presentara fianza suficiente. E Tribunal Supremo en la indicada sentencia revoca este acuerdo.

Considerando que el Ayutamiento al acordar la distribución de los aprovechamientos forestales podía disponer la inclusión o la exclusión de uno de los vecinos en el disfrute de esos aprovechamientos y podía, una vez acordada la inclusión, si incurría el interesado en motivos para poder ser privado del mismo, acordar esa privación, pero lo que no estaba en sus facultades era acordar la inclusión y disponer que esa inclusión estaba condicionada a que en un expediente que se instruiría al efecto se demostrare por el mismo interesado reunir los datos o circunstancias constitutivos de su derecho y que se estimaron por precisos por la Alcaldía.

VII. EL PRINCIPIO DE LA GRATUIDAD

1. Es característica esencial de los aprovechamientos vecinales la *gratuidad* de los mismos (58). Ya hemos visto que en el siglo XIX el concepto de bienes comunales se centra pre-

---

(58) Esta opinión está absolutamente generalizada en la doctrina; sin que de ordinario se considere preciso justificar su afirmación. Para Díaz de la Riva y Guerra-Librero (*Montes municipales,* 1963, pág. 454), la razón se encuentra "al corresponder a los vecinos el aprovechamiento de los montes comunales como un verdadero derecho real, pudiéramos decir que de carácter natural, reconocido tanto por el Derecho civil como por el Administrativo". A tenor de la tesis central de este libro, el carácter gratuito de los aprovechamientos comunales es una consecuencia natural y necesaria de la titularidad compartida que corresponde a los vecinos sobre los mismos. En cuanto al canon que excepcionalmente puede imponerse, queda justificado por su propio destino, a la manera, por ejemplo, que en la comunidad de bienes del Código civil los partícipes están obligados a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común (art. 395).

cisamente en torno a esta gratuidad, de tal manera que los bienes cuyo aprovechamiento es gravado con un canon en beneficio de la Hacienda municipal (apropiados, en la terminología de la época), se convierten automáticamente en bienes de propios y se declaran en consecuencia enajenables (59). El gran —y probablemente intencionado— error de la legislación desamortizadora estribó en no haber distinguido que un canon puede tener una naturaleza muy distinta, según que se trate de un instrumento de lucro que el Municipio maneje sobre todos los que realicen aprovechamientos en sus bienes, sean vecinos o no (y en este caso los bienes a que se refieren son indudablemente de propios) o de un simple remedio de las necesidades municipales, que socorren los vecinos —sólo los vecinos— que realizan aprovechamientos vecinales. En rigor —como se ha dicho— estos aprovechamientos son gratuitos, pero puesto que quienes les realizan son los vecinos, obligados en todo caso a levantar las cargas municipales, es muy lógico que con frecuencia se haya acudido a la imposición de un pequeño canon sobre los mismos como una forma más de distribución del impuesto, sin que en el ánimo de nadie, ni en el del Ayuntamiento ni en el de los vecinos, se pretendiese apropiar los bienes o convertirles en una fuente de ingresos (60).

Sea como sea, con este pretexto se consideraron de propios y por tanto desamortizables, y en definitiva se enajenaron inmensas extensiones de bienes comunales. Hoy, en cambio, el

---

(59) En el capítulo V ya se ha estudiado esta cuestión y señalado cómo en algunos casos el Tribunal Supremo, con un criterio mucho menos riguroso que el legislador, admitió la posibilidad de que un pequeño canon impuesto sobre los vecinos no significase necesariamente y en todo caso la transformación de un bien comunal en de propios.

(60) Hasta tal punto está generalizada esta costumbre, que DÍAZ-CANEJA, en un pequeño artículo —ciertamente apasionado y a veces inexacto, pero repleto de sugerencias y observaciones muy agudas—, que hemos citado reiteradamente, ha podido decir: "Si rigurosamente son bienes comunales los de dominio municipal, cuyo aprovechamiento y disfrute pertenece exclusivamente a los vecinos, rotundamente afirmaríamos que no existen bienes de esta clase en España" (*Bienes municipales*, cit., pág. 432).

legislador es consciente de que la imposición de un canon no empece a la naturaleza comunal de los bienes, y la admite en los términos prevenidos en el artículo 193 LRL:

> En casos extraordinarios, y previo acuerdo municipal adoptado por las dos terceras partes de Concejales, podrá fijarse una cuota anual que deberán abonar los vecinos por la utilización de los lotes que se les adjudiquen, para compensar estrictamente los gastos que se originen por la custodia, conservación y administración de los bienes.

Este precepto ha sido reproducido con ligeras, pero importantes, variantes en el art. 82 RB, que transcribimos subrayando las modificaciones:

> En casos extraordinarios, y previo acuerdo municipal adoptado por las dos terceras partes de Concejales, podrá fijarse una cuota anual, que deberán abonar los vecinos *y cabezas de familia* por la utilización de los lotes que se les adjudiquen, para compensar estrictamente los gastos que se originen por la custodia, conservación, administración *e incremento* de los bienes.

a) la primera modificación se refiere, pues, al ya discutido problema de la legitimación de los aprovechamientos, y de la lectura de ambas variantes se deduce igualmente el criterio de que están legitimados tanto los vecinos como los cabeza de familia. Lo que, como ya hemos visto, no admite la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

b) La segunda modificación supone que el canon puede ser destinado también al incremento de los bienes, con la lógica consecuencia de que su cuantía pudiera elevarse por encima de los gastos ordinarios de administración, custodia y conservación.

2. Los requisitos de la imposición del canon, a la vista de los preceptos transcritos, son los siguientes:

1) Excepcionalidad; lo que significa que sólo podrá aplicarse en los supuestos en que la Hacienda municipal no esté en condiciones de atender los gastos que se indican.

2) Afectación de los beneficios a la satisfación de determinadas atenciones referentes a los propios bienes comunales. Con lo cual, por un lado, se obliga a un minimización de los mismos y, por otro, se subraya que no se trata de una fuente de recursos generales.

3) El principio, sin embargo, experimenta una primera quiebra en la ya aludida ampliación que realiza el Reglamento de Bienes, que apunta con este canon al incremento del patrimonio comunal. Ampliación que debe rechazarse por no estar admitida en la Ley (61).

Pero mayor gravedad puede ofrecer, sin duda, la posibilidad de cubrir con el canon los gastos de conservación, cuando éstos se refieren a operaciones técnicas de repoblación, que en algunas ocasiones —sin perjuicio de su necesariedad— pueden ser de gran envergadura, hasta el punto de que para poder ser cubiertas con un canon de aprovechamientos, éste debería alcanzar, sin duda, un montante extraordinariamente alto, e incluso prohibitivo, haciendo por completo ilusorio el principio de la gratuidad. En estas situaciones la única garantía que ofrece la ley de que van a ser ponderadas con gravedad las ventajas y desventajas de la operación, está constituida por la exigencia de la aprobación del acuerdo por las dos terceras partes de los Concejales. A nuestro modo de ver, esta decisión escapa, además, materialmente al control jurisdiccional, por cuanto su revocación no supondría otra cosa sino la sustitución del criterio del Ayuntamiento por el criterio del Tribunal, lo que es inadmisible. Sin embargo, un resquicio de control puede apreciarse en la estimación de la "excepcionalidad", concepto jurídico indeterminado, y por tanto controlable, ya que no puede dejarse al libre arbitrio de la Corporación la determinación de si existe o no excepcionalidad.

---

(61) MARQUÉS CARBÓ (ob. cit., I, pág. 915) no hace ninguna objeción a la redacción del Reglamento, considerando simplemente que este destino del "incremento de los bienes debe ser añadido, sin más, a los enumerados en la LRL".

4) La vida real —transparentada en algunas resoluciones jurisprudenciales— nos ofrece ejemplos de imposiciones de cánones, cuya legalidad parece indudable, no obstante, que sus fines rebasan formalmente la enumeración legal. La sentencia de 26.6.1943 presenta el caso de un prado particular que fue cedido por sus propietarios al Ayuntamiento para que fuese aprovechado en común por los vecinos, debiendo abonar el Municipio "a los causahabientes de los propietarios una fanega de trigo por fanega de extensión del prado, cuya cuota satisfacían los ganaderos a prorrata del número de cabezas que pastaban". El Tribunal Supremo acepta el carácter comunal del prado "sin que se altere su naturaleza por el hecho de que el Ayuntamiento recaude de los vecinos una pequeña cuota por cabeza de ganado para cubrir el cupo que se entrega al propietario, pues ello no supone ingreso ni renta a favor del Municipio, sino simplemente un canon de reconocimiento del derecho dominical, cuya cesión permite que todos los vecinos disfruten con sus ganados de los pastos del prado" (62).

5) La obligación al pago del canon —como ha señalado la sentencia de 19.4.1930— viene supeditada a la efectiva utilización de los bienes comunales.

6) En la misma sentencia se subraya la necesidad del cumplimiento de los trámites formales administrativos de imposición, que si no son cumplidos implican la ilegalidad del canon y la subsiguiente exoneración de la obligación del pago.

3. La sentencia de 8.5.1933 nos enfrenta con una cuestión de interés: el Ayuntamiento niega al vecino el aprovechamiento comunal considerando que éste no está al corriente del pago de los impuestos municipales (entiéndase bien, no del canon de aprovechamientos, sino de los impuestos gene-

(62) Nótese, además, que aquí nos encontramos ante un supuesto clarísimo de bienes comunales atípicos: propiedad particular —como reconoce expresamente la sentencia— y aprovechamiento vecinal.

rales). El Tribunal Supremo declara que el derecho del vecino no puede ser recortado con este fundamento ya que

> ... todo vecino, por el hecho de serlo, tiene derecho a los aprovechamientos comunales (y la ley) no distingue, no establece condiciones y no es lícito establecerlas donde la ley no lo hace, siendo, por tanto, indudable el derecho de la recurrente, a disfrutar como los demás vecinos de los aprovechamientos comunales, sin que para ello sea obstáculo el que no haya contribuido al levantamiento de las cargas que como vecino le coresponde... ya que el artículo 28 del Estatuto Municipal en su párrafo último, dice que en ese caso se deduciría el importe de los descubiertos de su participación en los repartos, no que eso sea motivo para negarle su participación, que es lo que se pretende, ni para disminuírsela.

La sentencia se ajusta muy acertadamente al derecho constituido y conforme a él resuelve un problema que con los años va adquiriendo una importancia general y que ha sido ya tomado en consideración por la doctrina, especialmente por la alemana, a saber: si la Administración puede servirse de su sistema de autorizaciones para coaccionar al particular al pago de prestaciones o a la realización de servicios, legalmente exigibles, pero independientes del objeto de la autorización.

La doctrina alemana llama a esta viciosa técnica administrativa "interdependencia de materias administrativas" (63), y ha sido severamente criticada en cuanto, en razón a que en la sociedad moderna el ciudadano no puede vivir sin las prestaciones administrativas, este servirse de tales prestaciones para conseguir otros fines puede conducir a lo que Forsthoff ha caracterizado como un estado de esclavitud, junto al cual el desconocimiento del principio de la separación de poderes parece un juego de niños. Según esta doctrina, la interdependencia sólo puede establecerse cuando entre la prestación administrativa y lo que se exige al par-

---

(63) *Koppelung mehrerer Verwaltungsobliegenheiten.* Véase en el núm. 33 de la *Revista de Administración* Pública (1960) la recensión de Nieto al artículo del mismo título de K. Willigmann publicado en *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 19, 1960.

ticular exista una "conexión real" que justifique esta exigencia, y debe rechazarse cuando tal conexión no exista y se trate de materias por completo independientes. En este sentido la doctrina de la sentencia indicada concuerda por completo con la doctrina general científica moderna.

4. Por último, la sentencia de 10.3.1962 sienta la discutible doctrina de que cuando este canon se impone en Ordenanzas, deben éstas someterse a la aprobación, no sólo del Gobernador Civil, como en el caso de las Ordenanzas ordinarias, sino del Delegado de Hacienda como en las Ordenanzas fiscales:

> ... la confirmación que procede dictar respecto a la apelación y la consiguiente desestimación del recurso, no pueden alcanzar mediante la implícita declaración de aprobación de las Ordenanzas y del carácter ejecutivo que la aprobación del señor Gobernador les presta, a incidir en confusión que extravase los términos legales, y así, a la contemplación analítica de tal regulación orgánica, se observa que contiene una imposición económica, indudable canon sobre los aprovechamientos, que si bien entra, y asi lo estima la Sala, dentro de la normativa genérica del aprovechamiento por lotes entre vecinos cabezas de familia que previene el párrafo segundo del mismo artículo, es inexcusable calificar técnicamente como "exacción", ya que ésta... abarca tanto los derechos o tasas —pagos por gastos por prestación— como las contribuciones especiales, constituidas éstas por la participación obligatoria en el costo de actividades de la Corporación, por quienes, sin haber instado directamente su realización se benefician directa y especialmente por aquéllas, debiendo clasificarse como tasas por aprovechamientos especiales las que aparecen a favor de quienes al beneficiarse de los lotes, deben pagar el canon específico que la reglamentación orgánica de los bienes comunales de F. establece, pues aun cuando se quiera contemplar técnicamente el concepto más favorable a la sistematización de este ingreso, por su naturaleza específica, entre los patrimoniales públicos y los privados, es imposibles quedar desapercibido de cuanto guarda relación de causa a efecto con el beneficio que económicamente reportan en proporción de la cuantía y distribución de la carga exactiva; y así se hace también inexcusable que por aplicación estricta de lo preceptuado en el capítulo séptimo del título tercero del libro cuarto de la LRL vigente se someta a la aprobación de la Delegación de Hacienda, y solo el extremo concer-

niente a tal actividad económica que la exacción representa, el contenido de la disposición orgánica municipal en que se crea".

VIII. ORDENANZAS DE APROVECHAMIENTOS

En el epígrafe III de este mismo capítulo ya se ha indicado que la forma de los aprovechamientos comunales puede estar regulada bien por las costumbres tradicionales o por ordenanzas especiales. Estas ordenanzas pueden ser de dos clases: las unas precisan de la aprobación del Ministerio de la Gobernación, y de ellas nos hemos ocupado en el epígrafe V, al estudiar el número 4 del artículo 192 LRL; la segunda variedad —que puede considerarse como normal— está sometida al régimen jurídico ordinario de las ordenanzas municipales (arts. 108 y ss. de la Ley de Régimen Local), y de ellas va a tratarse aquí.

1. La primera cuestión que en este punto se nos ofrece es la de determinar si existe alguna diferencia entre "normas consuetudinarias", "simples reglamentaciones locales" y "ordenanzas aprobadas por el Ministerio de la Gobernación" (64), expresiones que aparecen en un mismo precepto —el artículo 78 RB— que dice así:

(64) Es muy corriente en el legislador la falta de precisión al distinguir entre costumbre y ordenanzas o reglamentaciones locales, que suele enumerar conjuntamente y con apariencias de tener el mismo rango. La confusión aumenta si se tiene en cuenta que las ordenanzas o reglamentaciones suelen estar constituidas en una gran parte por esas mismas normas consuetudinarias. El parentesco entre unas y otras es, desde luego, muy íntimo. La doctrina medieval —que se prolonga hasta el siglo XIX con EICHHORN y MAURENBRECHER— tendía a equiparar la observancia con la ordenanza, considerando a aquélla como un *statum tacitum*. Como decía BALDO: *Statutus est voluntas populi declarata, sed consuetudo est voluntas populi tacita ex diuturno uso proviniens.* Actualmente, la distinción es relativamente fácil de hacer con base a los siguientes criterios: 1) la ordenanza emana de un órgano determinado; mientras que la costumbre se afirma *rebus ipsis facitis.* 2) En principio, la costumbre no cambia de naturaleza, y sigue, por tanto, siendo costumbre, aunque se consigne

Cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las reglamentaciones locales o normas consuetudinarias, tradicionalmente observadas, o a las que cuando fuese procedente, apruebe el Ministerio de la Gobernación, en cada caso oido el Consejo de Estado.

Por lo que se refiere a estas últimas, es claro que sólo son necesarias en el supuesto del último párrafo del artículo 192 LRL, es decir, cuando se exijan a los vecinos condiciones especiales para participar en los aprovechamientos. En otro caso, son suficientes las normas consuetudinarias *tradicionalmente observadas* o las reglamentaciones locales que, conforme a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 121 LRL y nº 8.º del artículo 122 del Reglamento de Organización, corresponde aprobar al Ayuntamiento pleno (65).

El problema capital que se plantea en torno a las "simples reglamentaciones locales" es el de si han de atenerse a las normas consuetudinarias, o si, por el contrario, pueden introducir nuevos elementos o circunstancias hasta entonces desconocidos.

Como se recordará, GARRIDO (66) estudia y resuelve en sentido afirmativo esta cuestión, si bien referida a las Ordenanzas que han de ser aprobadas por el Ministerio de la Gobernación.

---

por escrito. 3) Si es una autoridad dotada de poder normativo la que recoge y sanciona la costumbre, ésta adquiere la naturaleza de norma de rango similar a aquella en la que aparezca recogida, a no ser que se diga o deduzca expresamente lo contrario.

(65) El artículo 122, h, LRL, y con las mismas palabras que el artículo 121, encomienda a las Comisiones Permanentes "la regulación del aprovechamiento de bienes comunales"; el núm. 10 del artículo 123 del Reglamento de Organización aclara más esta competencia, detallando que se trata de "la aplicación de los Planes u Ordenanzas reguladoras del aprovechamiento de los bienes comunales aprobados por el Ayuntamiento y la resolución de las incidencias que con motivo del disfrute se produjesen". De ellas nos ocupamos en el epígrafe IX de este mismo capítulo.

(66) "Sobre los bienes comunales", en *Revista de Estudios de la Vida Local,* núm. 125, 1962.

2. Procedimiento de elaboración. En él podemos señalar las siguientes fases:

a) En el seno de la Corporación. Conforme a los artículos 109 y 121 LRL, la aprobación inicial corresponde al Ayuntamiento en pleno como órgano deliberante de la Administración municipal. Una vez que haya sido aprobado el texto, debe ser expuesto al público durante el plazo de quince días, a fin de que puedan formularse las reclamaciones que se estimen pertinentes y que, en su caso, serán examinadas por la Corporación.

Sobre el verdadero alcance que da la jurisprudencia a este requisito de la exposición al público o, mejor aun, de su falta de cumplimiento, nos ilustra la sentencia de 19.5.1960:

> En cuanto a la falta del primer requisito apuntado, preciso es convenir en que, negada por los actores la existencia del trámite de exposición al público, ningún comprobante acredita en el expediente que éste se hiciese; pero debe tenerse en cuenta de todos modos que, de anularse por tal defecto lo actuado, con posterioridad al momento en que se produjo, habría que retroceder en el expediente a dicho momento para la presentación de reclamaciones, y como quiera que los interesados han formulado las que han creido oportunas contra el citado Reglamento, y el Ayutamiento las ha resuelto, siquiera sea en trámite distinto, razones de lógica y economía procesal llevan a estimar inadecuada y contraproducente una revocación por tal motivo de la sentencia apelada y de toda la tramitación administrativa posterior a la falta, para posibilitar un efecto que en realidad ya se ha producido.

b) Ante el Gobernador civil. Elevadas seguidamente las Ordenanzas al Gobernador civil, tal como determina el artículo 109, éste, a tenor de lo dispuesto en el artículo 110, deberá advertir a la Corporación municipal de las infracciones legales que contengan. Determinándose en el párrafo segundo del mismo artículo que se entenderán aprobadas si en el

plazo de treinta días nada se advierte, es decir, por silencio administrativo positivo.

Dentro del régimen municipal español, en el que la tutela administrativa sobre los entes locales suele ser tan rígida, destacan poderosamente estos preceptos en los que queda reducida al mínimo la intervención del Gobernador civil. Obsérvese que aquí no se trata de una aprobación —como es el caso de los tipos de ordenanzas y como suele suceder en el derecho comparado—, sino de una simple intervención fiscalizadora de la legalidad (una advertencia de ilegalidad, como gráficamente dice la ley), reducida hasta el mínimo (67), puesto que quien a la postre decide es el Tribunal contencioso-administrativo.

Esta naturaleza jurídica despeja sin más el viejo problema de si la intervención gubernativa alcanza también a la oportunidad, lo que en este caso no es posible, ya que en el artículo 108 no se han puesto a las Ordenanzas barreras de oportunidad que pueda o debe vigilar el Gobernador civil. Por lo demás, esta regulación es relativamente moderna. Concretamente procede del Estatuto de Calvo Sotelo. En la Ley municipal de 1877 era precisa la aprobación del Gobernador civil, quien intervenía no sólo por razones de legalidad, sino también de oportunidad: la mejor prueba de ello se encuentra en su artículo 76, que remite a un órgano administrativo —el Gobierno— y no a un Tribunal, la decisión en caso de desacuerdo entre el Gobernador y la Corporación.

---

(67) Como dice gráficamente la sentencia de 10.3.1962: "cuando el señor Gobernador civil manifiesta su aprobación al Reglamento con arreglo a los términos del artículo 110 de la Ley de Régimen Local no viene a convalidar por el mero acto de su aprobación las ilegalidades que pudieran existir..., y *no concurre la legalidad por el Gobernador la declara, sino la declara por cuanto concurre*". Por otro lado, esta misma sentencia entiende que, cuando en los aprovechamientos media un canon, la ordenanza debe ser sometida al delegado de Hacienda si bien "sólo por lo que se refiere al canon que se fije, independientemente de la aprobación del Gobernador en cuanto a su contenido orgánico".

c) La advertencia de ilegalidad abre la posibilidad de una tercera fase ante los Tribunales contencioso-administrativos, que son quienes resuelven sobre la misma, mediante el procedimiento señalado en el artículo 118 de la Ley de lo contencioso-administrativo, que hay que entender que en este punto ha derogado el artículo 110 LRL. Pero sin llegar a acudir a esta fase, pueden las Corporaciones conformarse con las advertencias del Gobierno civil y eliminar las ilegalidades advertidas (68).

d) Publicación. Conforme al artículo 7,2 del Reglamento de Servicios no es preciso para la vigencia de las Ordenanzas que se publiquen en el Boletín Oficial del Estado, y ni siquiera en el de la Provincia, puesto que basta con que en éste se anuncie su aprobación definitiva. Pero es lógico que se de a conocer a los vecinos interesados mediante las fórmulas tradicionales del pregón y anuncios públicos.

3. Bien sea por la peculiar naturaleza de los intereses públicos que se regulan en las Ordenanzas municipales, o por la variedad de los intereses privados que desgraciadamente suelen anidar en las Corporciones locales, lo cierto es que se ha convertido en paradigmática la vertiginosa rapidez con que siempre han mudado (69). La RLR en su artículo 113 ha salido al paso de posibles arbitrariedades disponiendo que "para la modificación de las Ordenanzas habrán de ser observados los mismos trámites que para su aprobación"

(68) Esta es la opinión de MARQUÉS CARBO en *El Derecho Local español*, I, 1957, pág. 504.

(69) Los autores suelen citar a este propósito unos versos de Dante que hacen alusión al fenómeno:

Fasi tanto sottili
provvedimenti, ch'é mezzo Novembre
non giugne quel che fu d'Ottobre fili.

IX. ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

La regulación de los aprovechamientos comunales se desarrolla ordinariamente de dos maneras: por vía normativa, mediante las ordenanzas a que acabamos de referirnos, y mediante actos administrativos concretos, emanados de un órgano determinado, que no suele ser el mismo que el que dispone de la potestad normativa.

En el presente epígrafe van a estudiarse los órganos competentes en esta materia, y vaya por delante que contra lo que pudiera creerse —y frente a los que afirman a ultranza que nuestro ordenamiento local es rigurosamente uniforme— son, o puede ser, muy diversos los órganos municipales encargados de regular la forma de los aprovechamientos comunales.

A) *El Ayuntamiento pleno.*

En el supuesto que pudiéramos considerar normal "la regulación del aprovechamiento de los comunales" —como literalmente dice el apartado *c)* del artículo 121 LRL— corresponde al Ayuntamiento en pleno. Que es quien ha de "acordar los planes generales para la distribución y aprovechamiento de los bienes comunales", según la expresión del número 6 del artículo 122 del Reglamento de Organización. Nótese que es diferente la dicción de la Ley y del Reglamento; lo que tiene importancia, según vamos a ver a continuación.

B) *La Comisión municipal permanente.*

El artículo 122 h) atribuye a la Comisión permanente las mismas funciones, y con palabras substancialmente idénticas,

que en el artículo anterior había atribuido al Ayuntamiento pleno. "Es de la competencia de la Comisión municipal permanente —dice— la regulación del aprovechamiento de bienes comunales".

Este indudable error legal se encuentra, por fortuna, corregido en el número 10 del artículo 123 del Reglamento de Organización, donde se aclara que lo que realmente corresponde a la Comisión Permanente es la aplicación de los planes u ordenanzas reguladoras del aprovechamiento de los bienes comunales aprobados por el Ayuntamiento, y la resolución de las incidencias que con motivo del disfrute se produjeran (70).

C) *La Junta vecinal.*

Cuando los bienes comunales pertenezcan a una Entidad local menor, la regulación de sus aprovechamientos corresponderá a la Junta vecinal, según dispone el apartado *b)* del artículo 125 LRL.

D) *La Asamblea vecinal.*

Cuando los bienes comunales pertenezcan a una Entidad en la que se haya respetado el sistema tradicional del Concejo abierto (art. 72 LRL), la regulación de sus aprovechamientos corresponderá al mismo —o Asamblea vecinal—, según dispone el citado artículo 125, *b)* LRL.

---

(70) Cfr. igualmente el artículo 85 RB: "Corresponderá al Ayuntamiento pleno la aprobación de los planes generales para la distribución y aprovechamiento de los bienes comunales y a la Comisión municipal permanente la aplicación de aquéllos y de las Ordenanzas reguladoras del disfrute, así como la resolución de las incidencias que con motivo de éste se produjeren".

E) *Organos especiales.*

En algunos municipios existen Ordenanzas de aprovechamientos comunales, en las que se encomienda la regulación de los mismos a un órgano, especialmente constituido para este fin, y compuesto generalmente de unos miembros designados por el Ayuntamiento y de otros elegidos directamente por los beneficiarios.

El problema más grave que a propósito de este sistema surge es el de la posibilidad de recurrir contra sus acuerdos, cuando en las Ordenanzas nada se ha determinado expresamente sobre este punto (71). En tal supuesto creemos que puede acudirse directamente a la vía contencioso-administrativa, es decir, que basta con un simple recurso de reposición ante el mismo órgano, sin que sea preciso interponer recurso de alzada ante el Ayuntamiento en pleno. Esta afirmación se basa en los siguientes argumentos: *a)* el órgano especial actúa facultades municipales, está sustituyendo a las autoridades municipales directas y por tanto su actividad viene imputada, en definitiva, a los órganos municipales ordinarios. *b)* El órgano especial y los órganos ordinarios se encuentran vinculados —esto parece indudable— por una relación de tutela. Pues bien, en este tipo de relaciones, frente a lo que sucede con las relaciones de jerarquía, el recurso de alzada (llamado recurso de alzada impropio) es algo anómalo y excepcional, que nunca se supone, y que, por tanto, sólo es admisible cuando así aparezca expresamente en una norma (72). *c)* El recurso de alzada es, en principio, ajeno a

---

(71) El artículo 87 del Reglamento de Servicios, refiriéndose a la "Fundación pública de servicio", señala que "el estatuto determinará los órganos de gobierno y su competencia, así como las facultades de tutela de la Corporación que instituya la fundación". Sobre esta figura, cfr. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, 1960, págs. 329 y siguientes.

(72) Así lo entiende con generalidad la doctrina española. Cfr. GASCÓN HERNÁNDEZ, "Sobre el recurso jerárquico", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 6, 1942, pág. 153, SERRANO GUIRADO, "El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cau-

la legislación local, cuyo régimen de garantías se basa en el doble mecanismo del recurso de reposición y la vía contenciosa.

Cabe, por último, que los órganos especiales a que nos estamos refiriendo, hayan sido constituidos de una manera informal y carezcan, por tanto, de una auténtica personalidad jurídica. En tales supuestos —relativamente frecuentes dada la irregularidad con que se constituyen buena parte de las ordenanzas en que se basan— es claro que las reclamaciones de los interesados deben dirigirse directamente a los órganos municipales ordinarios, concretamente a la Comisión Permanente y, en su caso, al Ayuntamiento en pleno.

F) *Juntas administrativas.*

La ley municipal de 1877, admitiendo la posibilidad de que núcleos sociales de población —pueblos—, sin expresión forma jurídico-administrativa fueren propietarios de bienes municipales, creó un órgano especial para su administración: una Junta administrativa, compuesta por un presidente y dos o cuatro vocales, según el yolumen de población (art. 91), sometida a la inspección del Ayuntamiento del término respectivo (art. 95).

En la legislación vigente, sin embargo, han perdido estas Juntas administrativas el reconocimiento legal. Lo que —como

---

se estado", en *Revista de Administración Pública,* núm. 10, 1953, páginas 129 y sigs., GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación de los actos administrativos,* 1956, pág. 65 y modernamente, con amplias referencias, DE LA VALLINA, *Transferencia de funciones administrativas,* 1964, pág. 52 y sigs. Conviene recordar, sin embargo, que en la legislación son cada vez más frecuentes los casos en que se admite la posibilidad del recurso de alzada impropio (entre personas, no entre órganos de una misma persona). Además del conocido artículo 74 de la Ley de 26.12.1958, cfr. por ejemplo, el artículo 8 de la Ley de 10.3.1941 sobre el Patrimonio Forestal del Estado y el artículo 11 de la Ley de 11.12.1942 sobre el Consejo Directivo de Transportes por carretera.

ha puesto recientemente de relieve RODRÍGUEZ MORO (73)— es muy de lamentar, ya que se ha producido una laguna legal, cuya reparación va haciéndose cada vez más urgente.

Desaparecidas hoy *de lege* estas Juntas administrativas ¿a qué órganos habrá de confiarse la regulación de sus aprovechamientos? Cabe, en primer lugar, que el núcleo social de población haya conseguido, posteriormente, la condición administrativa de Entidad local menor, en cuyo caso es claro que será órgano competente la Junta o Asamblea vecinal que con carácter general esté funcionando (74). Pero si esta transformación no ha tenido lugar, si el pueblo sigue careciendo de naturaleza jurídico-administrativa, la regulación de los aprovechamienos comunales corresponderá hoy a los órganos competentes del Municipio o de la Entidad local menor en que el núcleo social en cuestión se encuentre integrado (75).

G) *Seudo-órganos de administración.*

Sucede, sin embargo, con mucha frecuencia que núcleos sociales sin carácter jurídico de Municipio ni de Entidad local menor siguen administrando de hecho por sí mismos sus bienes comunales, por no haberse traspasado las competencias de las antiguas juntas administrativas a los órganos municipales o más sencillamente, ni siquiera existieron en un tiempo tales juntas administrativas y los bienes comunales

---

(73) "Los pueblos no constituidos en Entidad local menor pueden tener el aprovechamiento exclusivo de bienes del común de sus vecinos", en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 132, páginas 890-893.

(74) Téngase presente que las antiguas Juntas administrativas de la Ley de 1877 no perseguían fines generales (como hacen ahora las funcionalmente mucho más amplias Juntas vecinales), sino sólo los específicos de la administración de sus bienes.

(75) Cfr. la sentencia de 24.5.1949: Tratándose de unos montes, por cuyos aprovechamientos litigaban los vecinos de varias parroquias, corresponde al Ayuntamiento común decidir quienes están legitimados para los mismos.

se regulan por órganos —más o menos formalmente constituídos— pero, en todo caso, al margen de la ley, al parecer.

1. Aquí nos encontramos, en suma, con lo que podrían llamarse seudo-órganos, empleando la terminología de GASPARRI (76) y, más concretamente, un seudo-órgano exógeno, en cuanto es el resultado de una autoinvestidura: un órgano social decide por sí mismo realizar competencias administrativas. "Se trata —puntualiza este autor— de un fenómeno que fue en un tiempo relativamente frecuente; pero que hoy es extremadamente raro, teniendo en cuenta que la autoridad central dispone de medios que le permiten ejercer un control constante sobre todas las estructuras del organismo social, incluso de las periféricas". En líneas generales, esta observación es cierta, y es un hecho que tanto los Municipios como el propio Ministerio de la Gobernación tienen noticia exacta de la existencia y del funcionamiento de estos seudo-órganos. Lo que sucede es que carecen de energías para imponer los órganos legales, o quizá son conscientes de que éstos con frecuencia no habrían de ser tan eficientes como los órganos expontáneos, aunque sean ilegales. La Administración, aun a sabiendas de la laguna legal a que aludía RODRÍGUEZ MORO, puede comprender que la aparición de los órganos expontáneos o seudo órganos, no es siempre arbitraria, "sino que —como señala GASPARRI—puede tener una razón de ser social, en el sentido de que puede tender a colmar una laguna socialmente dañosa". Sin embargo, a nuestro modo de ver, la actitud administrativa es inadmisible, no sólo porque es ilegal (y esto ya sería bastante), sino porque crea un estado de inseguridad jurídica extremadamente peligroso. Una de dos: o estos seudo-órganos sociales son útiles o no lo son. Si son útiles, debe dárseles acogida en la ley (como hizo la de 1877),

(76) *Corso di Diritto amministrativo*, III, 1956, págs. 26 y sigs. En el fondo, es difícil encajar con precisión un supuesto de la vida real dentro de un esquema apriorístico y conceptual como el de GASPARRI. Bien pudiera tratarse también de un contra-órgano (págs. 23-26), teniendo en cuenta que, aunque inespecífico, ya existe un órgano competente para la regulación de los bienes comunales: el Ayuntamiento pleno.

y si no lo son, deben ser suprimidos. Pero lo que no puede admitirse es su existencia solapada, carentes de personalidad, y, lo que es más grave, sin responsabilidad de ningún género. Piénsese que no se trata hoy solamente de aprovechamientos rudimentarios y de escaso valor económico, sino que los productos madereros, por muy pequeño que sea su volumen, alcanzan una importancia económica extraordinaria, cuya administración se encuentra prácticamente incontrolada.

2. Lo anterior precisa, sin embargo, de un análisis más detenido, sobre todo si se tiene en cuenta la imprecisión doctrinal que domina esta materia (77).

Como punto de partida hemos de tener presentes dos observaciones bien sabidas: una, que nuestre legislación sólo reconoce personalidad a los Municipios y a las Entidades locales menores (78) y otra, que por debajo de estas figuras existen otros núcleos de población de realidad social indudable, y cuya denominación es muy variada: parroquias, lugares, aldeas, anteiglesias, barrios, anejos, etc. (art. 23 LRL), y a nuestros efectos, vamos a llamar de ahora en adelante, y de un modo puramente convencional, parroquias (79). La prueba de que estos núcleos sociales carecen de personalidad jurídica se deduce al conjugar el citado artículo 10 LRL con el 70: "en los poblados y barriadas separadas del casco y *que no constituyan Entidad local menor...*", y así ha sido entendido por otras leyes especiales (art. 4 LM y 23 RM) y declarado expresamente por la jurisprudencia (80).

---

(77) Recuérdese también lo dicho al tratar los denominados "montes parroquiales" en las páginas 465 y sigs. de esta obra.

(78) Aparte naturalmente (lo que aquí no viene al caso) de las Mancomunidades voluntarias y las agrupaciones forzosas (art. 10 LRL).

(79) En algunas regiones del norte de España, la parroquia es un núcleo relativamente extenso que, a su vez, comprende una serie de células menores: los pueblos. Como toda esta terminología es muy equívoca, escogemos la expresión genérica de parroquia, aunque —repetimos— por razones puramente convencionales y para evitar la reiteración de denominaciones semejantes.

(80) Así las recientes sentencias de 27.4.1963 y la de 15.10 del mismo año, en la que, por ejemplo, se afirma: ... la parroquia no constituye por sí Entidad local menor, sino que conforme a los artículos 23

Ahora bien, ¿cómo determinar cuando un núcleo social ha conseguido el rango jurídico-administrativo de una Entidad local menor? La pregunta, así formulada, puede parecer grotesca, pero, como vamos a ver, es difícil a veces encontrar una respuesta segura. La sentencia de 15.10.1963, inmediatamente citada, se atiene a un criterio formal, que de ser correcto sería indudablemente muy seguro, pero que no puede admitirse ya que, a nuestro modo de ver, no puede exigirse a todas las entidades locales menores un acto expreso de constitución. Los artículos 23 y siguientes LRL, exigen ciertamente una constitución expresa; *pero sólo para las entidades locales menores de nueva creación.* Piénsese que también los artículos 12 y siguientes de la Ley exigen un complicado expediente para la creación de nuevos municipios; pero a nadie se le ha ocurrido afirmar que todos los municipios han de justificar su existencia con un acto expreso de reconocimiento, siendo la regla precisamente lo contrario, es decir, que los municipios carezcan de tal reconocimiento y la razón de su existencia legal, sea sencillamente la aplicación automática del régimen jurídico municipal a una antigua situación fáctica. Pues bien, exactamente igual es el caso de las entidades locales menores: unas, las modernas, han nacido de un acto administrativo de constitución; otras, las antiguas, son el resultado de un simple reconocimiento legal de núcleos sociales tradicionales.

Como es sabido, las entidades locales menores —en cuanto institución jurídica— aparecen por primera vez en el Estatuto Municipal de 1924, quien, por cierto, puso en ello un énfasis especial:

> El Municipio —dice su Exposición de Motivos— no es hijo del Legislador: es un hecho social de convivencia, anterior al Estado, y anterior también, y además superior, a la ley. Esta ha de limitarse, por tanto, a reconocerlo y ampararlo en fun-

---

y 24 LRL necesita para ello, solicitarlo cuando reuna los requisitos que exije la norma y que el Consejo de Ministros lo apruebe, y aquí no hay constancia alguna de semejante constitución, la que no cabe presumir, al no representar la regla general".

ción adjetiva. Ahora bien, la convivencia se da en núcleos de gradación ilimitada, desde los insignificantes, que sólo constan de unas cuantas docenas de vecinos, hasta los gigantescos, que cuentan por millones sus habitantes. Y no sólo tienen carácter comunal los Municipios propiamente dichos: lo tienen también las entidades menores o fracciones de municipio, así como las entidades mayores o agrupaciones de Ayuntamientos. Por todo ello, el nuevo Estado admite la personalidad municipal allí donde la Naturaleza la engendra, sin establecer requisitos de mero artificio, que nunca han tenido posible cumplimiento; y admite también la de los anejos, parroquias y demás grupos menores de población, que tanto abundan en algunas regiones españolas, así como la de las entidades supramunicipales que constituirse puedan para la mejor realización de los fines comunales.

Esta afirmación programática no iba a significar, sin embargo, como es lógico, que *todos* los núcleos sociales separados —incluso los formados por la agrupación de las familias de dos guardas forestales—, pasaran a adquirir el rango de Entidad local menor. El principio abstracto se articuló luego jurídicamente en una doble vía: por un lado, se configuró un procedimiento para el reconocimiento individual de los núcleos que se consideraran interesados (81), y por otro —cuyo desconocimiento ha provocado el extendido error, que ahora estamos tratando de aclarar— se reconoce en bloque y automáticamente la personalidad de una serie de entidades tradicionales. Concretamente, como dice el art. 4 del Reglamento sobre población inmediatamente citado:

> Las Entidades locales menores que actualmente existen con el nombre de anejos o agregados, conforme a lo dispuesto en el art. 90 de la ley de 2.10.1877 (82) *tendrán plena personalidad como tales Entidades locales menores, sin necesidad de petición por los interesados ni de reconocimiento por las Corporaciones municipales.*

---

(81) "Para la constitución de una Entidad local menor, será precisa petición por escrito de la mayoría de sus vecinos" (art. 1 del Reglamento sobre población y términos municipales de 2.7.1924).

(82) "Los pueblos que, formando con otro término municipal, tengan territorio propio, aguas, pastos, montes o cualesquiera derechos que les sean peculiares, conservarán sobre ellos su administración particular".

He aquí, pues, que en definitiva —y frente a la tesis ordinaria que exige en todo caso una constitución formal de la Entidad local menor— éstas pueden haber nacido en nuestro Derecho de tres maneras distintas: 1) mediante la constitución formal prevista en los artículos 23 y 24 LRL, 2) mediante la constitución formal prevista en los artículos 1 y siguientes del Reglamento sobre población de 1924, y 3) mediante el reconocimiento expreso del artículo 4 del mismo Reglamento. Y por lo que se refiere a esto último, como dicho articulo 4 se remite a otro anterior, que configura una realidad social y administrativa muy imprecisa —y que pronto va a cumplir cien años de existencia—, es claro que en muchos casos no puede determinarse con exactitud si nos encontramos, o no, ante una auténtica Entidad local menor, tal como se dijo al principio. Cuestión, pues, que habrá de ser resuelta en cada caso concreto.

3. Ha llegado ahora el momento de extraer las consecuencias de la investigación que antecede:

a) Por lo que se refiere a las Entidades locales menores, sucesoras de los entes previstos en el artículo 90 de la Ley de 1877, pueden lícitamente tener un órgano propio de administración de sus aprovechamientos vecinales. Tal órgano ha de ser la junta vecinal, y los seudo-órganos que ahora existan deberán transformarse en la misma (y, en su caso, en la Asamblea vecinal, si se trata de un Concejo abierto), lo que no ha de ser nada difícil teniendo en cuenta la similitud de su composición.

b) Por lo que se refiere a Entidades locales menores constituidas mediante un acto formal, deben regular sus aprovechamientos comunales por la misma junta o asamblea vecinal. Y aquí tampoco surgirán de ordinario graves problemas, ya que teniendo en cuenta la modernidad de su creación y el control formal de la misma, es de suponer que hayan sido dotadas desde el primer momento de sus órganos legales.

c) El problema se mantiene, sin embargo, con toda crudeza en los núcleos que legalmente no constituyen Entidad

local menor, y, no obstante, cuentan con un órgano propio —y por tanto ilegal— que regula sus aprovechamientos, tal como quedó planteada la cuestión al iniciarse este apartado. Y aquí es donde debe intervenirse con energía para terminar de una vez con estas inadmisibles situaciones.

Pero aun en este caso deben seguir haciéndose algunas precisiones:

Es un hecho innegable que, aunque estos núcleos carezcan de personalidad jurídica, hay un vínculo especial que les une con determinados bienes. Así lo reconoce el artículo 23 LRL ("núcleos separados de edificaciones, familias y bienes"). Con la advertencia, además, de que tales bienes no son los de propiedad de los vecinos, sino de propiedad del ente (art. 47,3 del Reglamento de Población de 17.5.1952). Esto sentado ¿cuáles serán las consecuencias de este vínculo especial? A juicio de la sentencia de 27.4.1963 las siguientes: Primera. El ente o núcleo social tiene capacidad para poseer bienes, incluso antes de ser reconocido como Entidad local menor. Segunda. Puede, incluso, administrarlos en régimen de Concejo abierto de carácter tradicional (arts. 44 y 47 del citado Reglamento). Tercera. La misma sentencia apunta una última posibilidad verdaderamente extremada y redactada de un modo bastante confuso:

> "... otra cosa será que la administración del patrimonio de estos grupos inferiores la lleve, al igual que la representación del Ayuntamiento si normas tradicionales o consuetudinarias no se la reservan a la comunidad vecinal del anejo."

¿Qué puede significar ésto? ¿Qué es posible que tengan una administración propia de carácter tradicional? La tesis podría basarse en el artículo 78 RB:

> Cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las reglamentaciones locales o normas consuetudinarias, tradicionalmente observadas, o a las que, cuando fuere procedente, apruebe el Ministerio de la Gobernación, en cada caso, oído en Consejo de Estado";

pero tal interpretación nos parece excesiva ya que el texto se refiere a la "forma" y no a la "administración", que está regida por otros preceptos.

En este sentido la sentencia de 23.3.1957 es contundente al declarar que la junta administrativa de vecinos, al margen del Ayuntamiento no tiene existencia legal, pues la única representación de aquéllos corresponde al Ayuntamiento

> al recaer sobre los aludidos vecinos por su calidad de tales y sin designación nominativa, ni individual, que implicaría una concesión a los mismos particulares, revela, sin duda alguna, que los referidos derechos anexos al concepto de vecindad, se hallan comprendidos en la esfera de los correspondientes a los partícipes del Municipio, y *han de ser regulados por la entidad rectora que los representa y dirige, la cual es el Ayuntamiento...*,

anulando, por contradecir el artículo 192 LRL, "los pactos estipulados entre los propietarios de los bosques afectados y las *llamadas Comisiones administrativas de vecinos, con manifiesta incompetencia para tales convenios, y la posterior aprobación de éstos por el Ayuntamiento*".

H) *Comunidades de Derecho privado.*

A efectos sistemáticos, es de tener en cuenta, por último, que cuando se trate de comunidades de Derecho privado (83), éstas se regirán por sus órganos propios, determinados por la voluntad de las partes.

---

(83) Tal como se han estudiado en los capítulos VIII y IX de esta obra.

X. REGULACION JURIDICA Y REGULACION TECNICA

La competencia municipal en orden a la regulación de los aprovechamientos comunales encuentra una limitación en el artículo 84 RB:

> Para la formación de los planes de ordenación y aprovechamiento de los bienes comunales se tendrá en cuenta lo dispuesto en el art. 42 (84).

sobre cuyo alcance hemos de hacer ahora algunas precisiones.

Por lo pronto, no supone —como es obvio— una transferencia en bloque de la competencia municipal, que es indiscutible. Sin necesidad de remontarnos a la íntima vinculación que en el momento del nacimiento del Municipio, media entre él y los aprovechamientos comunales, tal como se ha expuesto en los primeros capítulos de esta obra, debe recordarse que en la época de la gran crisis de finales del siglo XVIII, cuando las estructuras locales experimentaron una transformación radical, también se expresó la tarea de la regulación de los aprovechamientos comunales como una de las esenciales y propias del *pouvoir municipal* (85). La legislación y la jurisprudencia española han sido siempre constantes en este sentido (86).

---

(84) Artículo 42 RB: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las Corporaciones locales observarán en la administración de su Patrimonio las disposiciones e instrucciones de orden técnico de los diversos órganos de la Administración del Estado en materia de su competencia, para el mejor aprovechamiento o régimen de bosques, montes, terrenos cultivables y otros bienes cualesquiera que su naturaleza".

(85) Cfr. los recientes estudios de GARCÍA DE ENTERRÍA, "Turgot y los orígenes del municipalismo moderno", en la *Revista de Administración Pública*, núm. 33, 1960, págs. 79 y sigs. la *La configuración del régimen municipal francés de la revolución a la restauración*, 1961, esp. pág. 38.

(86) Cfr. por ejemplo, la antigua sentencia de 11.12.1878: Los vecinos reclaman del Gobernador que les reconozca una servidumbre de pastos, y habiendo sido estimada su petición, el Tribunal Supremo

La explicación de los artículos 42 y 84 RB citados, debe buscarse en dos aspectos muy diferentes que concurren en la administración de los bienes comunales de naturaleza forestal: el administrativo y el técnico. Según ésto, la intervención administrativa se refiere exclusivamente a los aspectos técnicos. Es más, por lo mismo que la actividad municipal ha de subordinarse a la dirección técnica de la Administración del Estado, los planes que ésta proponga, cuando se refieran a montes comunales, han de adaptarse al régimen jurídico legal, como literalmente dispone el artículo 212,5 RM (87).

Esta doctrina ha sido desrrollada con toda precisión, entre otras, por la sentencia de 4.5.1961 (88):

> ha de tenerse en cuenta que a tenor de los arts. 5. 101, b) y 197 LRL, es de la competencia municipal la administración y conservación de su patrimonio, incluso el forestal, correspondiendo, por ende, a los Ayuntamientos realizar los actos de gestión económica necesarios para llevar a cabo el disfrute y aprovechamiento de los montes que les pertenezcan, sin perjuicio de someterse a las disposiciones que para regular su ordenación y explotación dicte, en funciones tutelar y de asistencia técnica, la Administración forestal, como ya aparecía enunciado en los arts. 73, 83, 85, 89, 90 y 92 de la Instrucción para el régimen de montes de los pueblos de 17.10.1925 y hoy consigna el art. 38, 1 LM, que traza con meridiana claridad la línea divisoria antes esbozada entre los aspectos administrativo y técnico, como fundamento de las respectivas competencias.

---

revoca el acuerdo del Gobernador, "considerando que el expediente administrativo fue incoado directamente ante el Gobierno de la provincia, pidiendo se respetase su derecho a los aprovechamientos referidos, instancia que fue resuelta sin que recayera acuerdo previo del Ayuntamiento como correspondía..." "Considerando, en su virtud, que dictada por el Gobernador la resolución que se impugna, sin que precediera la del Ayuntamiento, a quien se privó de sus especiales atribuciones y jurisdicción peculiar, adolece el procedimiento de vicios sustanciales que invalidan las actuaciones gubernativas". Correcta doctrina que se basa legalmente en los artículos 72, 73 y 75 de la Ley Municipal entonces vigente, que reconocían rotundamente la competencia municipal en estas materias.

(87) "Cuando los planes correspondan al aprovechamiento de los montes comunales, deberán acomodarse a lo dispuesto en los artículos 192 y sigs. LRL".

(88) Cfr. un breve comentario sobre la misma de RODRÍGUEZ MORO, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 118, pág. 583.

En algunas ocasiones, forzoso es reconocerlo, no ha de ser nada fácil precisar si nos encontramos en el terreno de lo administrativo o de lo técnico. Así, por ejemplo, el acuerdo que altera la forma tradicional de los aprovechamientos para disponer que en lo sucesivo "se concede la exclusiva (de pasto en el prado comunal) al ganado de labor durante el mes de mayo, a éste y al vacuno en producción durante el mes de junio, permitiéndose en los restantes meses la entrada de toda clase de ganados", ¿de qué índole será? El Tribunal Supremo en su sentencia de 26.6.1943 le considera administrativo y por tanto de la competencia municipal, aunque reconoce las razones técnicas que le inspiran ya "que el motivo de la prohibición de pastorear el mes de junio otra clase de ganado que el de labor, ni es ni puede ser otro que el favorecer el desarrollo de la agricultura en el término municipal".

XI. APROVECHAMIENTOS ESPECIALES

A) *Caza.*

El artículo 198 LRL (de la misma manera que el 40 RB) dispone que:

> 1. El aprovechamiento de la caza en los bienes comunales o de propios de los Ayuntamientos ... podrá ser objeto de libre contratación con arreglo a lo establecido en el Título II del Libro III de esta Ley o en la legislación especial para casos concretos.
>
> 2. Los terrenos indicados, cuya caza se adjudique en lo sucesivo o haya sido adjudicada antes de la publicación de esta Ley, en subasta o concurso anunciados en el "Boletín Oficial de la Provincia" respectiva, serán considerados a todos los efectos de la Ley de Caza como terrenos acotados, sin necesidad de tener tablillas, hitos o mojones.

Para interpretar debidamente este articulo —cuando a bienes comunales se refiera—, es preciso ponerle en relación con el 192 de la misma ley, y más concretamente, encajarle en el número 3 de este último. Es decir, que no procede en cualquier caso la contración del aprovechamiento de la caza en los bienes comunales, sino solamente en el supuesto previsto en el artículo 192,3 LRL: cuando no sea practicable una explotación colectiva, ni posible la adjudicación por lotes o suertes entre los vecinos. La aplicación aislada y literal del artículo 198 debe rechazarse por incongruente con el espíritu general de la Ley y con la naturaleza de los bienes comunales, ya que no hay ninguna razón para que el aprovechamiento de la caza esté sometido a un régimen distinto que el de los demás productos. Las únicas especialidades pueden tener lugar como consecuencia de las normas generales de policía (licencia de armas, licencia de caza, vedas, etc.), consignadas en la legislación de caza (89).

B) *Pesca.*

Según el artículo 41, 1 RB:

> Podrá ser objeto de explotación, en beneficio propio, o de concesión, la pesca de las aguas de pertenencia de las Entidades locales.

Aunque el RB, con más prudencia que la LRL, no menciona aquí expresamente a los bienes comunales, todavía emplea una expresión demasiado amplia, que pudiera conducir al error de creer que en esta disposición se encuentran comprendidos los bienes de esta naturaleza. Por ello conviene reiterar lo que se ha dicho en el apartado anterior, que es también aquí de completa aplicación (90).

---

(89) Particularmente en la Ley de 16.5.1902 y R. D. 3.7.1903. Tratándose de montes catalogados, cfr. el artículo 221 RM.

(90) Tratándose de montes, cfr. el artículo 222 RM.

C) *Aguas.*

Según el artículo 223 del Reglamento de Montes:

> 1. Las entidades locales propietarias de montes incluidos en el Catálogo son competentes para disponer del uso y disfrute de las aguas que tengan su nacimiento en los mismos, mientras discurren por ellos, salvo en casos de expropiación, previa indemnización, fijada de acuerdo con la Ley general sobre la materia.
>
> 2. Tales concesiones, aparte de la tramitación que deba dárseles atendiendo a otra jurisdicción, habrán de someterse a las prescripciones que al efecto dicte la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial.

Además de darse por reproducido lo indicado en los párrafos anteriores, nótese que la problemática de este artículo es mucho más profunda.

Por lo pronto, es en todo caso de aplicación lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de aguas:

> Mientras las aguas corran por sus cauces naturales y públicos, todos podrán usar de ellas para beber, lavar ropas, vasijas y cualesquiera otros objetos, bañarse y abrevar o bañar caballerías y ganados, con sujeción a los reglamentos y bandos de policía municipal.

Y por otro lado, el artículo 223 RM significa una solución al viejo problema de la naturaleza de las aguas nacidas en montes públicos, que nunca había logrado verse resuelto satisfactoriamente ni por la jurisprudencia, ni por la doctrina. Como es sabido, la cuestión había quedado planteada en la propia Ley de Aguas y en el C. c. de la siguiente manera: mientras que el artículo 407,2 C. c. declara de dominio público "las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales", el artículo 408,1 declara de dominio privado "las aguas continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio público, mientras discurran por ellos". Según esto ¿cuál de estos dos artículos se-

ría el de aplicación tratándose de aguas nacidas en montes propiedad de las Corporaciones locales? Conforme queda indicado, el RM ha venido a resolver definitivamente el problema, dando una solución que ha sido inmediatamente ,captada por la jurisprudencia de conflictos" (91).

D) *Pastoreo.*

Vamos a referirnos ahora a una forma peculiar de aprovechamientos vecinales que recaen sobre bienes no comunales, es decir, que en rigor, podrían ser considerados como bienes comunales atípicos. Sin embargo, parece más oportuno sistemáticamente, y más de acuerdo con su verdadera naturaleza, estudiarlos como una simple variedad de aprovechamientos.

El artículo 35,2 LM dispone que:

> En los montes de utilidad pública se atenderá preferentemente al sostenimiento del ganado de uso propio de los vecinos de los pueblos y se procederá a la enajenación de los pastos sobrantes, si los hubiere, a menos que el estado forestal del monte aconseje la exclusión del ganado de granjería (92).

Conviene insistir que en este precepto no se trata de una forma de aprovechar bienes comunales típicos de carácter forestal, sino de un *simple aprovechamiento vecinal de mon-*

(91) Una clara exposición del tema puede verse en el Decreto de 22.5.1963 (B. O. del día 1 de junio).

(92) Lo que en el RM se desarolla de la siguiente manera: artículo 243: "1. En los montes catalogados se atenderá preferentemente al sostenimiento del ganado de uso propio de los vecinos de los puebos a que aquéllos pertenezcan, y se procederá a la enajenación de los pastos sobrantes, si los hubiere, a menos que el estado forestal del monte aconseje la exclusión de ganado de granjería. 2. Se entenderá por ganado de uso propio de cada vecino el mular, caballar, boyal y asnal, destinado a los trabajos agrícolas, e industriales, así como el lanar y de cerda, que cada uno dedique al consumo propio de su casa, siempre que no exceda de cuatro cabezas de ganado mayor destinado a trabajos agrícolas e industriales; dos porcinas y tres de lanar, para familias constituidas con un número de hijos que no pase de tres, aumentándose una cabeza lanar por cada hijo que exceda de tal cifra".

tes públicos no comunales. Así se desprende, sin lugar a dudas, del artículo 38,1 LM en el que, basándose en la ya indicada diferencia entre el aspecto administrativo y el aspecto técnico de los aprovechamientos, se declara que

> las entidades locales realizarán el aprovechamiento de sus montes con subordinación en lo técnico-facultativo, incluida la fijación de precios mínimos de los productos, a lo que disponga la Administración Forestal, y en lo económico, a lo que establezca la legislación de Régimen Local sobre administración del patrimonio y sobre contratación.

Pues bien, si seguimos la remisión que se hace a la LRL, nos encontramos con el artículo 192, y es a él a quien debemos atenernos. Luego el artículo 35,2 no puede referirse a montes de las Corporaciones locales, sino a los demás montes públicos.

Parece, sin embargo, que la tesis que rechazamos ha encontrado cierta acogida en la práctica, como resultado de una lectura superficial y aislada de los artícuos 242 y siguientes del RM, cuyo sentido parece ser reafirmado por el artículo 91 RB:

> 1. Las Corporaciones municipales podrán ejercer el derecho de tanteo en las subastas de pastos sobrantes de dehesas boyales y montes de común aprovechamiento, dentro de los cinco días siguientes al en que se hubiere celebrado la licitación, con estas condiciones: *a)* que acuerden la adjudicación en la máxima postura ofrecida por los concurrentes, y *b)* que sujeten a derrama, o reparto vecinal, la distribución del disfrute y el pago del remate.

Este precepto, ya comentado más atrás, no puede ser más desafortunado y, a decir verdad, no hay modo de integrarle en la sistemática general de los bienes comunales, tal como se va exponiendo en la presente obra. Ya es de por si incorrecto que maneje la expresión "dehesa boyal", concepto que en la actualidad carece de sustantividad propia, puesto que se

trata de bienes comunales ordinarios (93). Pero mayor importancia tiene la incongruencia de régimen que implica.

Aquí se habla de una subasta de pastos, que en definitiva son adjudicados a la Corporación municipal, quien luego los reparte entre los vecinos. Pero si recordamos la mecánica del artículo 192 LRL, tenemos que la subasta sólo es posible cuando no pueda procederse a un aprovechamiento vecinal.

A nuestro modo de ver, hay, sin embargo, un interpretación que hace aplicable este precepto y que no vacilamos en propugnar invocando el principio de que deben siempre buscarse soluciones que vitalidad a las normas. Según ésto, las Corporaciones a la subasta que pueden concurrir es a las que tienen lugar en otros términos municipales. De tal manera que es muy posible que en un Municipio no sea realizable el aprovechamiento vecinal directo, y por eso salen los pastos a subasta; pero en otro Municipio próximo estén dispuestos los vecinos a llevar a cabo el aprovechamiento en tales condiciones. En cuyo caso pueden recurrir al retracto que habilita el precepto que comentamos (94).

---

(93) De aquí que no hayan sido objeto en nuestra obra de un estudio especial. Cfr. sobre las mismas, Cirilo MARTÍN RETORTILLO, *Cuestiones jurídico-fiscales sobre los montes de los pueblos*, 1944 (cap. tercero ,"Las dehesas boyales", págs. 31-65). Y más modernamente GUAITA, *Régimen jurídico-administrativo...* cit. págs. 211-213, que se expresa en el mismo sentido del texto. La naturaleza de dehesa boyal tuvo gran importancia en la época desamortizadora, en cuanto las mismas podían ser excluidas de la enajenación forzosa. Por eso carece de sentido en la actualidad esta diferenciación.

(94) Por otro lado, conviene distinguir estos supuestos del previsto en los artículos 38,3 LM y 271 RM en los que se admite una adjudicación de los aprovechamientos forestales a la Entidad local menor. Pero aquí no se trata de montes comunales. Nótese que aquí la adjudicación no va condicionada a un reparto posterior entre los vecinos, y que por tanto no surje la incongruencia puesta de relieve en el caso que se analiza en el texto.

E) *Cotos escolares y municipales de previsión.*

Según el artículo 90 RB.

1. Parte de los bienes comunales podrá ser destinada a estos fines: *a)* formación de un Coto escolar para recreo, enseñanza experimental y aprovechamiento, en su caso, de los alumnos que concurran a las Escuelas nacionales y municipales, y *b)* formación de un Coto municipal de previsión para auxiliar a los habitantes necesitados del término en sus adversidades económicas.

2. El Instituto Nacional de Colonización, al hacer la adjudicación de las fincas a los Ayuntamientos, señalará la extensión que de ellas haya de ser destinada a dichos Cotos sociales.

3. En cuanto al régimen de ambos Cotos, se estará a lo previsto en el artículo 85.

F) *El artículo 195 de la Ley de Régimen Local.*

En este artículo se señalan dos peculiares formas de aprovechamiento de bienes del "Patrimonio municipal", es decir, no exclusivas de los bienes comunales, aunque también les comprendan, y que conviene estudiar separadamente. El precepto dice así:

1. No implicarán enajenación ni gravamen las concesiones de parcelas de terrenos del patrimonio municipal a favor de vecinos braceros, aunque el disfrute de éstos haya de durar más de diez años, ni las que se otorguen a vecinos para plantar arbolado en terrenos del mismo patrimonio no catalogados como de utilidad pública.

2. Dichas concesiones habrán de ser acordadas por el Ayuntamiento pleno, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus componentes.

3. Los vecinos concesionarios se harán, en su caso, dueños del arbolado que cultiven, y durante los cinco primeros años podrán acotar las parcelas plantadas, para preservalas de los ganados. Si esta acotación perjudicara aprovechamientos comunales y hubiera reclamaciones de vecinos, quedará en suspenso

la concesión hasta que sobre ella recaiga nuevamente acuerdo del Ayuntamiento pleno.

1. Esta forma de aprovechamientos comunales presenta unas características muy peculiares por cuanto el vecino no adquiere la propiedad del suelo, desmembrando la propiedad conforme a la terminología tradicional. De esta manera reaparece en el árbol de forma terminante su vieja condición de inmueble, que le reconoce el Código civil (95) y cuyas consecuencias se ha desarrollado tanto en el derecho comparado (96) como en el nuestro, lo mismo en la doctrina que en la legislación (97), jurisprudencia (98) y costumbres (99).

---

(95) Artículo 334: "Son bienes inmuebles: 2.° Los árboles y plantas y los frutos pendientes mientras estuvieren unidos a la tierra o formen parte integrante de un inmueble..."

(96) MERLÍN, DALLOZ y LAURENT citan, con referencia a Francia, entre otros casos muy curiosos el de un municipio propietario de un bosque, y un particular dueño de una parte de los árboles que vegetan en él, o el de un municipio dueño del arbolado, y el Estado propietario del cesped que se forma a su pie, considerando los tribunales ambos derechos, no como servidumbre uno del otro, sino como dos propiedades simultáneas, pero distintas, existentes en un mismo suelo. Al derecho de plantar árboles en terreno ajeno o a poseer los existentes en él, le llama MERLÍN, propiedad parcial (partiaire), desmembración del dominio, derecho real. LAURENT piensa que más bien sería una servidumbre; pero considera inútil entrar a analizar las enormes dificultades de esta figura, porque apenas si tienen interés práctico. El Tribunal de Casación de Francia tiene declarado que tal derecho, no es tan sólo un derecho sobre los árboles, sino además sobre el suelo, en cuanto el propietario del bosque está obligado a respetar dichos árboles. COSTA, *Crédito hipotecario sobre arbolado*, en "Derecho consuetudinario y economía popular de España", I. 2.ª edición, 1879-1885, págs. 281-282.

(97) La moderna legislación forestal hace constante aplicación de esta figura, tipificándola como derecho real de vuelo, que es inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 290 del Reglamento de montes de 1962). Por ley terminó resolviéndose también una de las situaciones más complicadas y pintorescas, que hayan podido surgir en la vida del Derecho: la de los baldíos de Alburquerque (tal como se ha descrito en las págs. 175-178 de esta obra).

(98) El Tribunal Supremo sigue un criterio vacilante, considerando a veces este derecho como derecho real típico y a veces como condominio. Esta técnica se maneja en la sentencia de 15.7.1866 para declarar a favor del dueño del arbolado existente en una finca de propios vendida por el Estado, el derecho de tanteo a favor del condueño.

(99) Estudiadas particularmente por COSTA, *Crédito hipotecario...* y *Colectivismo...* cits. págs. 277-283, y ESPEJO. *Costumbres de*

Por lo demás se trata de una figura de antigüedad más que milenaria en nuestra Patria. COSTA —quien la considera como "presura para arbolado" y coloca en la misma línea que las demás presuras medievales de las que ya hemos hablado— ha espigado en sus obras citadas viejas muestras a todo lo largo de la geografía española: Deva (100), Vizcaya (101), Asturias (102), Burgos (103), Granada (104), Sevilla (105) y Extremadura (106).

Dejando aparte estas curiosidades históricas y consuetudinarias y ateniéndonos a la legislación municipalista moderna, constituye el artículo 160 del Estatuto Municipal de 1924, el antecedente más directo del 195 LRL (107), habiendo en-

---

derecho y economía rural, 1900, a cuyas descripciones, más o menos pintorescas, nos remitimos íntegramente.

(100) Las Ordenanzas antiguas, que regían de tiempo inmemorial y se escribieron autorizadamente en 1394, consignan el fuero que gozaban los vecinos de hacer en la tierra y ejidos comunes plantaciones de árboles frutales.

(101) Según el Fuero general de Vizcaya los vecinos tenían derecho a plantar árboles en las plazas, usas y exidos, pero el fruto cedía en beneficio del procomún, con tal que al plantador se le indemnizarse por los pueblos y comuneros el coste de la plantación.

(102) En Asturias llaman derecho de *pozuera* el que compete a los vecinos de plantar, poseer y usufructuar árboles, ordinariamente castaños, en las tierrras abiertas del común, grabando cada plantador los troncos que son suyos con una marca especial.

(103) En las Ordenanzas de la ciudad de Burgos se autorizaba a los vecinos y particulares la plantación de chopos "en los ejidos públicos", pero no arbitrariamente, sino con licencia y bajo las condiciones que impusiera el Ayuntamiento, la más característica de las cuales era la tasa de venta.

(104) Un tenor similar tienen las Ordenanzas de Granada, en las que se preveía incluso un registro especial de concesionarios.

(105) En el reino de Sevilla, el Cabildo de la capital estaba facultado, por antigua ordenanza que confirmaron los Reyes Católicos, para autorizar la plantación de viñas y árboles en tierras y montes de la ciudad, con la condición de que alzados los frutos quedase todo para pasto común.

(106) Igual disposición existía en Cáceres, según testimonios recogidos en el Memorial de 1771 y en el *Viaje por España* (VII, 1778, carta novena) de don Antonio PONZ.

(107) "No serán reputados como enajenación ni gravamen... las concesiones de parcelas de terreno del patrimonio municipal, a favor de vecinos braceros, cuando el disfrute a éstos otorgado haya de durar menos de diez años. Estas concesiones y las que se otorguen a vecinos del Municipio para plantar arbolado en terrenos del pa-

contrado luego su desarrollo en el artículo 160 del Reglamento de 23 de agosto del mismo año (108). Parece ser que la distinción entre los titulares de las dos clases de beneficios que se acumulan en estos textos (vecinos en un caso y vecinos braceros en otro) se debe a una intervención de Maura en las Cortes con motivo de la discursión del Proyecto de 1909, en el que parece ser sólo se tomaba en consideración a los vecinos braceros (109).

---

trimonio concejil, no catalogados como de utiidad pública, han de ser acordadas por el Ayuntamiento pleno... Los vecinos que obtengan permiso para plantaciones y lo utilicen con arreglo a las condiciones establecidas, se harán dueños de los árboles que cultiven, y durante los cinco primeros años podrán acotar las parcelas plantadas, a fin de preservarlas de los ganados. Cuando la acotación de parcelas con este fin perjudique los aprovechamientos comunales, las concesiones quedarán en suspenso por virtud de reclamación de los vecinos, hasta que sobre ella recaiga acuerdo del Ayuntamiento en pleno". En la Ley Municipal de 1935, se corresponde con los artículos 150 y 152.

(108) "Las plantaciones de árboles en terrenos de propiedad concejil podrán, desde luego, verificarse en los rasos y calveros de los montes de utilidad pública, conforme a lo prevenido en el artículo 160 del Estatuto, siempre que formule la petición un núcleo de vecinos reunidos en Asociación, que se propongan, mediante los recursos que ofrece el arbolado, cumplir un fin cultural, benefico y social. La realización de las plantaciones no dará derecho alguno sobre el terreno, y si tan sólo otorgará la propiedad de los árboles que se planten".

(109) "Para la plantación de árboles, S. S. —tales son las acertadas palabras de Maura, recogidas por MARQUÉS CARBO en *El derecho local...*, cit. I. pág. 919—, reserva a los braceros, como en el párrafo 1.º, la obtención de esas concesiones, y olvida que del vecindario la parte menos propia para plantar árboles son los braceros, porque los árboles se plantan para obtener al cabo de mucho tiempo el resultado, lo que supone una operación propia de quien no vive en la estrechez del bracero. De modo que habiéndose puesto este párrafo en la Ley, pensando en el fomento del arbolado, en un pensamiento de interés nacional, que en las provincias donde la tradición ha permitido hacer esas plantaciones ha dado tan excelentes resultados que ni siquiera las devastaciones que han sufrido las demás provincias ha alcanzado allí proopciones semejantes, comprenda S. S. que el precepto de la Ley, es evidentemente inútil, si se restringe a los braceros solos esta facultad. Y ¿porqué sólo a los braceros, si es para hacer las repoblaciones en terrenos comunales y cubrir de bosque lo que en otro tiempo lo estuvo y ahora no? ¿Por qué se ha de excluir a los que tienen capital y pueden esperar los veinte o treinta o cuarenta años que se necesitan para que el árbol sea eficaz, cuando es un bien para el término y para toda la nación? De manera que excluir a los que puedan hacer la plantación es contrario al pensamiento de la Ley; conceder sólo a los braceros esta facultad, es las más de las

La observación de Maura es muy certera, si bien coloca el centro de gravedad sobre uno sólo de los dos objetivos del precepto: la repoblación forestal, junto al que se encuentra el fin le mejorar la condición de los braceros y, sobre todo, lograr un arraigo de los mismos en estas épocas de emigración.

Sea como sea, el precepto no ha encontrado una acogida demasiado favorable en la práctica. Los fines de repoblación se realizan ahora en la escala nacional con la muy distinta técnica del Patrimonio Forestal del Estado. En cuanto a la iniciativa particular en pequeña escala es muy escasa fuera de los acostumbrados rincones consuetudinarios (110), no obstante las condiciones verdaderamente ventajosas de la Ley. Los Ayuntamientos, por su parte, tampoco se muestran muy celosos en fomentarla, quizá por inercia y quizá también por recelo ante la natural tendencia del plantador a considerar como suyo el terreno al cabo de los años (111).

El artículo 101 del Reglamento de Bienes, reproduce literalmente el 195 de la Ley, con unas adiciones, que subrayamos para su mejor comprensión:

> 1. No implicarán enajenación ni gravamen las concesiones de parcelas de terreno del Patrimonio municipal a favor de *braceros vecinos o cabezas de familia,* aunque el disfrute de éstos haya de durar más de diez años, ni las que se otorgaren *a los mismos* para plantar arbolado en superficies no catalogadas como de utilidad pública.

---

veces, irrisorio, porque no pueden hacer esos desembolsos ni tener expectativa para los largos años que ello representa, sin que les excluya por eso, porque el precepto es para todos los vecinos por igual, y si los braceros quieren hacerlo lo harán, pero no hay por que excluir a los que están por potencia propicia, habilitados para usar el permiso de la Ley".

(110) Parece ser en Galicia está muy viva aun esta costumbre, que las leyes, más que fomentar, han venido simplemente a legalizar, Cfr. BARROS, *Los árboles plantados por particulares en los montes públicos o terrenos del común*, en el "Faro de Vigo", 5.4.1947.

(111) Y de la que nos ofrece testimonios COSTA desde las más primitivas modalidades de dichas concesiones: *Colectivismo*..., cit. páginas 279 y sigs.

2. Dichas concesiones habrán de ser acordadas por el Ayuntamiento pleno con el voto favorable de las dos terceras partes de sus componentes *y no tendrán eficacia hasta que se haya hecho constar en escritura pública y ésta sea inscrita en el Registro de la Propiedad.*

3. Los concesionarios se harán, en su caso, dueños del arbolado que cultivan, y durante los cinco primeros años podrán acotar las parcelas plantadas para preservarlas de los ganados.

4. Si esta acotación perjudicare los aprovechamientos comunales y hubiera reclamaciones de vecinos o *cabezas de familia,* quedará en suspenso la concesión hasta que recaiga nuevamente sobre ella del Ayuntamiento en pleno.

Las modificaciones son, pues, las siguientes:

a) Unificación de beneficiarios de ambos tipos de concesiones (cultivo y arbolado) que ahora son en todo caso los braceros vecinos y los cabezas de familia (112). Lo cual supone una ampliación por lo que se refiere al cultivo (puesto que antes eran sólo los braceros vecinos) y una reducción por lo que se refiere a la repoblación (puesto que antes eran todos los vecinos y no sólo las cabezas de familia). Circunstancias que sugieren los comentarios: 1) Por lo que se refiere a la ampliación, es admisible. 2) Por lo que se refiere a la reducción, es inadmisible por ir en contra de derechos reconocidos en una norma de rango superior. Aunque ciertamente, y dado lo desgraciado de la redacción, aún cabe otra hipótesis, y es que bajo cabezas de familia se comprenda aquí a todos los imaginables, sean o no vecinos, sean o no braceros (lo que, por otra parte, tampoco sería admisible respecto a los bienes comunales).

b) Es en cambio muy acertada la previsión expuesta al final del apartado segundo, ya que la inscripción en el Registro de la Propiedad aleja todo peligro de futuras usurpaciones.

---

(112) Gramaticalmente podría pensarse que en todo caso ha de tratarse de braceros, sean vecinos, sean cabezas de familia no vecinos; pero consideramos el sentido demasiado forzado como para poder admitirlo.

c) ¿Quiénes podrán ser los *cabezas de familia* que aparecen en el número cuarto? Parece evidente que, por contraponerse a vecinos, no lo son; pero si no son vecinos, no pueden verse perjudicados en sus aprovechamientos comunales, porque no tienen derecho a ellos. En todo caso, esta exigencia de nuevo acuerdo del Ayuntamiento en pleno, que aparece tanto en la ley como en el Reglamento no merece una crítica favorable.

2. En este mismo artículo 195 se contempla un segundo supuesto de aprovechamientos: concesión de parcelas de terrenos del Patrimonio municipal a favor de vecinos braceros (113). Las diferencias con la otra variedad prevista en el mismo precepto son claras, una se hace con el doble fin de lograr la repoblación de los campos y de mejorar el nivel de vida de los beneficiarios; y otra no tiene destino fijo, aunque sea ordinariamente el cultivo agrícola (114). Por último —y con las salvedades ya indicadas—, en un caso los beneficiarios son los vecinos braceros, y en otro, los simples vecinos.

Pero el verdadero sentido del precepto sólo aparece al ponerle en relación con el número 2 del artículo 192 y con el 186. Desde el punto de vista jurídico se ve claramente que en el artículo 195 vuelven a desaparecer una vez más las pretendidas diferencias de naturaleza entre los bienes de propios y los comunales para pasar a primer plano la forma del aprovechamiento: aquí nos encontramos con unos bienes que se cualificon por la peculiarísima forma con que son aprovechados. Su teleología no es la misma que la del 192,2, y, a mi entender, este precepto está en relación directa con el movimiento benéfico-administrativo, que tan en boga estuvo el siglo pasado, en defensa de los llamados huertos

(113) Recuérdese las variaciones introducidas en este punto por el Reglamento de Bienes, a que nos referimos más arriba.

(114) La letra de la ley no se opone, sin embargo, a otros destinos, por ejemplo, la edificación. Ahora bien, tratándose de construcciones permanentes, es difícil imaginar jurídicamente a esas parcelas como "ni enajenadas ni gravadas".

comunales o huertos obreros. En realidad, el movimiento es más antiguo, puesto que trae su origen en la constante histórica de facilitar tierra al que no la tiene; si bien, aquí, con una caracerística esencial, no se trata de convertir a un bracero en campesino, modificando la estructura social agrícola, sino, más sencillamente, de aliviar su condición proporcionándole no sólo una fuente de ingresos, sino, además, una reserva de trabajo en un sector económico en que el paro estacionario es poco menos que inevitable. En este sentido, constituyen un antecedente las reformas del siglo XVIII, ya estudiadas, que en buen número de casos, al repartir los bienes no municipales entre los modestos pegujaleros, tampoco pretendían sacarlos de su estado social. Ahora bien, el resultado jurídico de aquellas reparticiones fue muy distinto del que hoy previene la legislación vigente; es más, aprovechando aquellas experiencias, se pone ahora un énfasis especial en que las parcelas no vayan a terminar siendo de propiedad individual de los cultivadores. De aquí la conveniencia de no insistir en tales anecedentes, después de haber considerado aquellas figuras como formas de liquidación del Patrimonio municipal.

El carácter benéfico-administrativo de esta figura se pone de relieve al contrastar la normalidad del régimen de aprovechamientos comunales del artículo 192, 2, LRL, con la especialidad del artículo 195, que se manifiesta tanto en el objeto (bienes patrimoniales en general) como en la forma (exigencia de un acuerdo de dos tercios por lo menos de los componentes del Ayuntamiento) como de los sujetos (sólo braceros). Por lo que se refiere a esto último, la aparición del Reglamento de Bienes ha supuesto una transformación de esta figura, que no dudamos en calificar de esencial.

Por lo pronto desaparece el carácter benéfico-administrativo, que se sustituye por una marcada intención de dar arraigo a los vecinos y de interesarles en la vida municipal, en unos momentos de marcado absentismo y emigración. Además, y por otro lado, se tiende a identificar esta figura con la de los aprovechamientos comunales, al no constituir ya

estos aprovechamientos una forma extraordinaria y privilegiada (braceros), sino algo ordinario y normal (vecinos). El criterio de que aqui se trata de bienes patrimoniales (115) y en el otro caso sólo de bienes comunales, tiene para nosotros muy escaso valor; antes bien, es una confirmación de la tesis de que ambas clases no se diferencian esencialmente.

Prescindiendo de estas modificaciones reglamentarias, ateniéndonos al espíritu de la LRL, que es el de la legislación precedente, ya hemos aludido a su parentesco con los llamados huertos familiares, a los que, en el fondo, únicamente pretenden dar cauce legal.

La primera realización legal moderna de esta figura se encuentra en los *allotments*, que a fines del siglo pasado surgieron en Inglaterra como reacción frente al latifundio y como primer intento de municipalización de la tierra. En 1887, 1890 y 1894 se dictaron sucesivamente tres *Allotment Act* con objeto de facilitar a los braceros un pedazo de tierra que, a modo de suplemento del jornal, les ocupase su trabajo en los ratos de ocio y en los días de paro. Lo más notable de esta legislación es que, a falta de bienes municipales, se prevé la adquisición por compra o expropiación, por el Ayuntamiento, de terrenos a tales fines, realizando previamente las obras que se consideren necesarias. Y es más, se admite incluso que se adquieran tales tierras en calidad de arrendamiento, parcelándose y distribuyéndose después en las mismas condiciones que las anteriores, aunque, naturalmente, la concesión ha de ser por menos tiempo que el arrendamiento (116).

Tampoco faltan en España antecedentes de tipo consue-

(115) Obsérvese el exquisito cuidado con que el Reglamento de Bienes evita el plantearse la cuestión de la naturaleza jurídica de estos bienes, para lo cual se libra muy bien de colocar este artículo en el capítulo IV del título I (Disfrute y aprovechamiento) pues al encontrarse dividido este en tres secciones —dominio público, bienes patrimoniales y bienes comunales—, la inclusión en una u otra sección hubiera significado una expresión de su actitud; en cambio de eso, aparece el artículo en el capítulo V (enajenación), que por no estar dividido en secciones, es completamente neutral.

(116) Cfr. COSTA. *La tierra y la cuestión social*, 1912, págs. 98-102. En las págs. 108-114 se hace una descripción de los *jardins ouvriers* franceses.

tudinario. COSTA tuvo ocasión de estudiar *de visu* las llamadas *suertes del Boalar* de Jaca, que traen su origen de una fundación privada, por la que se cedieron a la ciudad, en "usufructo perpetuo", unos terrenos, con objeto de que se diere al vecindario "en usufructo vitalicio", divididos en suertes, que en tiempo del autor eran 176. Para tener derecho a suerte "se requieren estas dos condiciones: ser natural de la ciudad, o viuda de un natural, o forastero casado con hija de Jaca; y, además, pertenecer a la clase más necesitada, no pagando contribución directa por ningún concepto. El disfrute es vitalicio. Las vacantes en las suertes se producen: 1.º Por muerte del porcionista y de su viuda. 2.º Por renuncia, sea expresa, sea tácita, cesando un año en el cultivo de la suerte. 3.º Por haber mejorado de fortuna el porcionista, haber adquirido tierra, etc. 4.º Por retrasarse en el pago del arbitrio o renta...". Las suertes vacantes cada año se sortean entre los pretendientes, en sesión pública del Ayuntamiento (117).

En alguna ocasión ha aparecido esta institución en la jurisprudencia para dar testimonio legal de su existencia. Tal es el caso observado por los RR. DD. SS. de 4 y 10 de mayo de 1868, en los que se les niega la condición de bienes de aprovechamiento común porque para ello

> es indispensable que el aprovechamiento sea general y gratuito, y no ocurre esta circunstancia en unos terrenos que todos los labradores del término municipal podían aprovechar únicamente, sin la facultad de transmitir de ningún modo sus porciones respectivas, que sólo poseían durante su vida, lo cual constituye una amortización de la propiedad incompatible con la legislación vigente.

Sin embargo, cuando el aprovechamiento no es vitalicio, sino que las parcelas se rotan entre los vecinos, más o menos periódicamente, son considerados como bienes comunales, tal como acabamos de ver en las páginas 719 y siguientes de este mismo capítulo.

Esta es la línea que se recoge en diversos proyectos de leyes municipales y que al fin se consagra legalmente, como

---

(117) *La tierra...*, cit. págs. 94-97.

hemos visto, en el Estatuto de 1924 (118), apareciendo por último en la Ley de Régimen Local vigente. Ahora bien, sobre esta figura ha incidido también la Administración estatal, pretendiendo institucionalizarla en el marco total de la Nación. En la euforia programática de la guerra civil, el huerto familiar adquiere proporciones gigantescas: "Se tenderá a dotar a cada familia campesina de una pequeña parcela, el huerto familiar, que le sirva para atender a sus necesidades elementales y ocupar su actividad en los días de paro", ha declarado solemnemente el Fuero del Trabajo (V, 4). A partir de este momento, los huertos familiares empiezan a desarrollarse en la legislación central, que corre paralela en este punto a la local.

La Ley de Colonizaciones de interés local de 25 de noviembre de 1940, en su artículo 2.º, promete auxilios estatales para el "establecimiento de huertos familiares que mitiguen el paro estacional en las zonas más afectadas, contribuyendo a la elevación del nivel de vida de la familia que los cultive". Por otro lado, aprovechando la coyuntura que puede ofrecer la concentración parcelaria, se dispone que "el Servicio de Concentración Parcelaria podrá acordar que las tierras sobrantes se adjudiquen al Municipio *o a la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos* correspondiente para que las destienen preferentemente a huertos familiares para trabajadores agrícolas por cuenta ajena..." (119).

Esta "invasión" de la Administración estatal en una materia tradicionalmente municipal es consecuencia de la marcada tendencia actual a nacionalizar, es decir, a tratar a escala nacional los problemas agrarios, en busca de una mayor eficacia.

Por lo demás, no ha sido preciso ahondar mucho en busca de supuestos de hecho que regular, ya que —paralelamente a

(118) La sentencia de 18.6.1920 admite que los bienes comunales puedan repartirse en lotes anuales al amparo del artículo 75 de la Ley Municipal de 1877. Lo cual es absolutamente correcto, no obstante la diferencia de redacción de este precepto con el que aparece desde 1924.

(119) Artículo 4 del Texto refundido de 8.11.1962.

la tradición ya señalada de concesión de tierras *a braceros*— existe una práctica consuetudinaria muy extendida, por la que los Ayuntamientos conceden una parcela *a todos los cabezas de familia*, con independencia de que se trate de bienes de propios o comunales. De esta manera el lgislador no ha tenido que inventar nuevas y artificiales formas de aprovechamiento (de esas que nacen predestinadas al desuso), sino que le ha bastado con abrir los ojos a la realidad y dar forma legal a lo que ya existía, si no en contra (120), al menos de espalda a las columnas del *Boletín Oficial*.

No creemos que valga la pena insistir sobre la existencia *actual* de este tipo de aprovechamientos, generalizado en buen número de provincias, y que es perfectamente conocido de todo el que tenga la menor experiencia municipal, sin que falten tampoco abundantes testimonios de su arraigo tradicional (121).

---

(120) En Castilla la Vieja, donde está muy generalizada esta práctica, no es infrecuente la existencia de abusos, notoriamente contrarios a la ley y a cualquier principio comunal o municipal. El autor, actuando profesionalmente ante el Tribunal contencioso-administrativo de Palencia, ha podido comprobar una costumbre muy extendida en la comarca del Valle de Cerrato: las parcelas del monte del Ayuntamiento que se distribuyen a los vecinos, son luego arrendadas libremente por éstos, llegándose a formar incluso cotos cultivados por un mismo arrendatario, que se mantiene en las parcelas incluso después de haberse procedido a un nuevo sorteo de adjudicatarios (que suele tener lugar cada seis años), que sólo le afecta en cuanto así tiene que pagar la renta a un nuevo "arrendador". De esta manera se llega a situaciones jurídicas, que causan estupor, cuanto se presentan en los Tribunales ordinarios, demandas sobre deshaucio o en reclamación de rentas por tales conceptos. Tan culpable de estos abusos es, por cierto, el propio pueblo y su Ayuntamiento, como el Legislador, empeñado de ordinario en desconocer la realidad, buena o mala. Si en repetidas ocasiones hemos tenido oportunidad de predicar contra la legislación abstracta y dogmática y de abogar por el reconocimiento legal de las costumbres, no ha sido por un afán romántico de enaltecer a nuestros campesinos y a sus tradiciones, sino precisamente para mejor dominar, con un criterio posibilista, lo aprovechable que hay en ellas, que de ordinario es mucho (aparte, claro está, de una consideración realista: la inutilidad de desconocer las costumbres, como a veces realiza el Legislador, con cierta elegante inconsciencia deseñorito ciudadano).

(121) Cfr. Elias López Morán, *Propiedad colectiva, repartos de tierras, molinos comunes, etc.*, págs. 253-263, págs. 374-384, en *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, II, 1902, y Costa. *Colectivismo...*, cit. págs. 383-386.

CAPITULO XV

EL OCASO DE LOS BIENES COMUNALES

I. Francia.

II. Italia.

III. Alemania.

IV. Inglaterra.

V. América española.

VI. España: siglo XVIII.

VII. Las Cortes de Cádiz.

VIII. El siglo XIX.

A lo largo de esta obra se han indicado ya —e incluso desarrollado institucionalmente— las causas más importantes que han provocado la ruina del antiguo patrimonio comunal y que, una vez más, vamos a enumerar: *a)* Las usurpaciones del Príncipe (y luego de la Administración) realizadas tanto mediante la fórmula legal de atribuirse su propiedad genéricamente como mediante usurpaciones individuales ilegítimas, pero sancionadas con su poder. *b)* Usurpaciones de los señores, realizadas bajo la invocación de un título señorial, luego dominical, que convierte a los aprovechamientos vecinales en una simple servidumbre e incluso, a veces, en un precario. *c)* Usurpaciones del propio municipio —cuantitativamente en España las más importantes— que tienen lugar mediante una transformación de la naturaleza jurídica de los bienes, que de comunales pasan a convertirse en de propios, y que con frecuencia se encauzan en enajenaciones sistemáticas, como sucede con la desamortización, aún en contra de la letra de la ley. *d)* Usurpaciones de los vecinos, que ingresan los bienes del común en su patrimonio particular, ordinariamente mediante su repartición. *e)* Usurpaciones de los particulares —sean vecinos o no— mediante la ocupación pura y simple, sin título alguno, de las parcelas comunales, que luego se consolida por su legitimación expresa o mediante la prescripción.

En el desarrollo institucional de estos puntos en los capítulos precedentes, se han hecho ya algunas referencias históricas; pero sólo las imprescindibles porque hemos preferido agrupar tal materia en su solo capítulo, para lograr así una visión más clara del conjunto no sólo en España, sino en el resto de Europa, descongestionando, además, así cada uno de los temas individuales de eruditas referencias históri-

cas que hubieran podido entorpecer el desarrollo, fundamentalmente jurídico, que se les ha dado. Tal es la razón del presente capítulo.

I. FRANCIA

A) Usurpaciones del señor

El problema de las relaciones que median entre señores y vasallos con motivo de sus aprovechamientos concurrentes sobre los bienes comunales, ha sido enfocado tradicionalmente desde dos puntos de vista muy distintos, más aún, radicalmente opuestos. O bien se ha considerado que los bienes eran de propiedad de los vecinos —en cuyo caso los derechos concurrentes de los señores era una pura usurpación— o bien se entendía que los bienes eran de propiedad del señor, en cuyo caso los aprovechamientos de los vecinos serían consecuencia de una donación liberal del señor o, más sencillamente, que los vecinos se encontraban en precario, si es que no se trataba de meros usurpadores.

Ambas tesis han encontrado una plausible base jurídica y alternativamente han sido aceptadas por los Tribunales; con el resultado de que es difícil saber en cada caso quien es el propietario originario y quien es el usurpador. En las págs. 41-46 de esta obra ya se ha hecho una referencia a la polémica científica levantada a este propósito. A él nos remitimos, así como a lo expuesto en el epígrafe I del capítulo doce respecto a la forma de los aprovechamientos. Ahora vamos a exponer las consecuencias que, en todo caso, ha supuesto la incidencia de los derechos señoriales sobre los bienes de aprovechamiento comunal.

En la Edad Media los bienes comunales fueron un punto de fricción entre los campesinos y los señores feudales, que dio origen a pleitos tan numerosos como interminables e inútiles (1), y en ocasiones a vio-

(1) El señorío de Couchey, en Borgoña, vio disputados sus derechos por la comuna durante más de quinientos años, apenas sin interrupción. El 20 de junio de 1270 una transacción le había impedido vender los comunales de la villa sin recabar el consentimiento de los vecinos; cien años después, en 1386, el Consejo ducal liberada al señor de Couchey de esta limitación, declarando

lencias, que antes de llegar a la historia pasaron, incluso, por el romancero. Un poeta popular medieval, WACE, cantaba así la lucha permanente de los campesinos en defensa de sus comunales:

> Nombreux comme nous les sommes
> contre les chevaliers défendons nous.
> Ainsi nous pouvons aller aux bois
> couper les arbres et les prendre à notre choix
> dans les viviers prendre les poissons
> et dans les forêts les venaisons;
> de tous nous ferons à notre volonté,
> des bois, des eaux et des prés (2).

A partir del siglo XV, sin embargo, las transformaciones económicas y sociales de Europa, así como el agotamiento práctico de los terrenos despoblados, provocan unas mayores exigencias de los señores, que terminan institucionalizándose a través de una serie de figuras diversas:

a) Mediante la *legitimación de las usurpaciones realizadas, pagando una cuota al Tesoro* (Declaraciones de 6.11.1677 y 11.7.1702). Este tipo de legitimaciones son siempre de una juridicidad muy dudosa; pero, además, la forma como se realizan —pagos al Monarca— es absolutamente inadmisible, ya que el Monarca carece de título alguno para beneficiarse directa ni indirectamente de los comunales. Sólo la gravísima situación del Erario en estas épocas puede explicar la arbitrariedad de la fórmula empleada.

b) Mediante la *ocupación de marismas y pantanos, al amparo de una legislación de fomento* que concedía la propiedad de estos terrenos a quien realizase las obras de saneamiento necesarias. Parece ser que de ordinario tales obras no se realizaban, pero constituían un excelente pretexto para la usurpación (Edicto de 14.6.1764 y Declaración de 13.4.1766) (3). Estas legitimaciones fueron respetadas por la Revolución francesa (4).

---

su propiedad absoluta sobre "las plazas, las calles, las vías, senderos y otros lugares comunes". En 1733, el Parlamento volvía a decidir sobre la misma cuestión, y en el mismo sentido que el Consejo ducal. Cfr. M. BLOCH, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, t. I., ed. 1955, pág. 189.

(2) Citado por BLOCH, *Les caractères...*, cit., pág. 186.

(3) Cf. GARRAUD, *La Révolution et la propiété foncière*, 1959, página 371.

(4) Cfr. DESJARDINS, *De l'alienation et de la prescription des biens de l'Etat, des Departements, des Communes et des Etablissements publics dans le droit ancien et moderne*, 1862, pág. 375.

c) Mediante el *triage*. El *triage* es el resultado de una ficción, puramente civilista, ideada para resolver prácticamente el conflicto tradicional entre señores y campesinos mediante una fórmula de compromiso. Presuponiéndose que los derechos coincidentes de unos y otros constituyen un tipo de copropiedad, en la que arbitrariamente se estima que corresponden dos partes a las comunas y una al señor, el *triage* encarna la *actio communis dividundo*, y así se delimitan, concretan y adjudican al señor un tercio de los bienes discutidos. Esta solución pragmática, utilizada al principio en transacciones privadas y resoluciones jurisprudenciales, terminó extendiéndose por todo el país y fue invocada para fundamentar pretensiones de ambas partes, siendo recogida por último en la legislación.

Un Edicto de abril de 1667 pretendió regular estas curiosas reparticiones para evitar los abusos de los señores, que sin otra razón que la generalización de la costumbre, exigían de las comunas la entrega de un tercio de los comunales, incluso aun cuando anteriormente no hubieran sido discutidos:

> Art. 7.º Los señores que hayan realizado en su provecho un triage después del año 1630 deberán abandonar los terrenos así ocupados y dejarles a la libre y entera posesión de las comunidades de habitantes, no obstante cualquier contrato, transacción, sentencia u otros actos que puedan mediar.
>
> Art. 8.º Con respecto a los señores que se encuentren en posesión de dichos usos con anterioridad a esta fecha, deberán presentar el título de posesión ante los comisarios reales (5).

Se trata, como se ve, de una fórmula general de compromiso que, afirmando la ilegalidad de esta práctica, respeta los *triages* realizados con anterioridad a una fecha lo suficientemente lejana como para que pueda actuar la prescripción.

En las Ordenanzas generales de Montes de 1669 reaparece, sin embargo, esta fórmula, si bien no actúa ya como un compromiso, sino con el rigor de una institución jurídica, ya que su realización está condicionada a la existencia de un título jurídico —una concesión— gratuita y de otras circunstancias económicas y sociales. El artículo 4.º de la Ordenanza en cuestión dice así:

> Si los bosques fueron de concesión gratuita de los señores, sin cargas de censos, cánones, prestaciones o servidumbres, el tercio de los mismos podrá ser separado en su provecho, cuando lo pidan, y siempre que los otros dos tercios sean suficientes

---

(5) *Apud* Henrion de Pansey. "Des biens communaux et de la police rurale et forestière", en *Oeuvres judiciaires*, Paris, s. f., página 350.

para el uso de la parroquia. En otro caso, la partición no tendrá lugar, pero el señor y los vecinos gozarán en común como antes.

No obstante estas prescripciones legales, continuaron celebrándose reparticiones durante el siglo XVII, y aun en el XVIII. Pero la Revolución francesa reaccionó contra ellas enérgicamente, y en el artículo 1.º del Decreto de 28 agosto de 1792, aboliéndose definitivamente esta práctica, se revocaron todas las usurpaciones, ocupaciones y particiones, *incluso las realizadas al amparo de la Ordenanza de 1669*; pero, al objeto de no provocar una inseguridad jurídica de duración indefinida, se concede a las comunas un plazo relativamente breve para que ejerciten este derecho (6).

El rigor de esta disposición es tan extremo que excluye cualquier tipo de prescripción que no esté basada en un título, no tomándose en consideración, además, los de origen feudal (7). HENRION DE PANSEY, en el lugar arriba citado, entiende, no obstante, que el Decreto de 1792 no anula el Edicto de 1667, debiendo, por tanto, mantenerse las ocupaciones realizadas con anterioridad a 1630 y respetadas por el mismo.

d) La reserva. La evidente realidad de los frecuentes abusos de los campesinos en la propiedad comunal (8) adquiere matices peculiares cuando se concibe —según hemos visto que es ordinario en el derecho francés— tal propiedad como perteneciente al señor, constituyendo la comunalidad una simple servidumbre sobre la misma. Con el plausible objetivo de que con estos abusos *ne propietas domino reddatur inutilis* se arbitró el instituto de las reservas con aplauso general de la doctrina. Según GRIVEL, Consejero del Parlamento de Dôle, "el usuario no tiene ninguna razón para quejarse puesto que no se le causa ningún perjuicio, ya que no se le quebranta su uso, cuya naturaleza consiste en satisfacer las necesidades del usuario y no pasar de allí".

---

(6) "... y para devolver la posesión de los bienes comunales, de los que hayan sido privadas por efecto de la Ordenanza, sentencias, resoluciones y actos, deberán las comunidades reclamar ante los Tribunales en el plazo de cinco años, pero sin pretender ninguna restitución de frutos, y sin que tampoco puedan alegarse contra ellas compensaciones por gastos y mejoras."

(7) DESJARDINS, *De l'alienation...*, cit., pág. 375.

(8) HENRION DE PANSEY *(Des biens communaux...*, cit., páginas 350-351), a quien seguimos en este epígrafe de las reservas, recuerda que ya LULUC, un viejo autor francés, había advertido "ab ingratis hominibus et improbitatis deventum est, ut beneficos eorum nel nepotes munificentiae suae, etiam si nolint, tamen poeniteat. Rebus enim utendis, tam proterve, tam libidinose, tam nequiter abusisunt, ut novarum legum sanctione judiciorum severitate opus esset".

Curiosamente —aunque el fenómeno diste mucho de ser raro— el origen de lo que más tarde habría de considerarse un privilegio general y sagrado, nada tiene que ver con las relaciones de señorío feudal. En un principio se trataba de simples medidas de policía referentes a los bosques *reales*. La primera reserva se recoge en la Ordenanza de Felipe el Atrevido de 1288; pero el ejemplo del soberano fue pronto seguido por los señores y ya en el siglo XVI está extendida la creencia de que podían establecerse con carácter general estas medidas aun en contra de los vasallos. Así se expresa Johannes FABER, que escribe hacia 1340: *Item facil pro eo qui habit eos exploratores in sua foresta; ei fundus est inutilis; quos posset eos facere restringi in tantum quod propietas ei valet.*

Parece ser que la jurisprudencia se hizo pronto eco de esta corriente. Según el testimonio de LE GRAND en su comentario al artículo 168 de la *Coutume* de Troyes, "las resoluciones de la Corte han ordenado que el derecho de uso de leñas y de pastos quede restringido y limitado a ciertas partes de los bosques y de los pastizales y que el resto le quede al señor libre y exento de toda servidumbre y derecho, a fin de que su propiedad no le sea del todo inútil".

Una vez iniciada esta tendencia era fácil prever que los señores apurarían sus últimas consecuencias, y que lo que empezó siendo una medida de policía y un vedado de las partes más delicadas de un monte, terminaría siendo una limitación general de los derechos de los comuneros. COQUILLE, un autor ya no alejado de HENRION DE PANSEY, afirma que "se admite por regla general que si las leñas sujetas a derecho de uso corresponden a grandes bosques, el uso quede limitado al tercio o al cuarto según el número de usuarios, y que el resto sea dejado para que el señor pueda disponer de él libremente".

B) VENTA DE BIENES COMUNALES

Al estudiar el principio jurídico de la inalienabilidad de los bienes comunales hemos tenido ocasión de examinar la opinión dominante en Francia sobre este punto hasta la Revolución francesa; pero a los efectos ***históricos*** que aquí nos interesan, sólo podemos hacer una alusión al tema a partir de esta época, ya que con anterioridad a la misma (si se exceptúa quizá la Ordenanza de Montes de 1667) no hay una declaración general importante ni se desarrolla en el país una política consciente sobre la enajenación de los bienes comunales.

La legislación revolucionaria, en cambio, fue muy activa en este punto: la Ley de 14 de diciembre de 1789 autorizó a las comunas la venta de sus propiedades, pero con aprobación del Directorio departamental; y con carácter similar las leyes de 29.3 y 5 y 10.8.1791; la Ley de 21 de mayo de 1797 exigía, por el contrario, una ley especial, si bien en la práctica se autorizaban las ventas por simple ordenanza.

Durante la época napoleónica fueron también frecuentes las donaciones como premio para fomentar el enrolamiento de los soldados.

Conviene advertir que todas estas normas se dirigían fundamentalmente a los bienes que hoy llamamos propios y baldíos, pero no por ello dejaban de tener aplicación respecto de los bienes comunales propiamente dichos, dada la confusión de límites entre unas clases y otras. Refiriéndose concretamente a los bienes comunales, explica CORMENIN que fueron vendidos, de acuerdo con estas leyes, "con clausula banal, sin garantía de medida, consistencia y valor; de donde se deduce que el antiguo dueño y el adquirente no pueden pedir respectivamente ni suplemento ni disminución de precio por defecto de exceso de cabida, aumento o depreciación de la renta, y la venta sólo puede resolverse si hubo al tiempo error en los límites y en el contenido" (9).

La Ley de 18 de julio de 1837 y su Instrucción de 19.12.1840 insistieron en la limitada facultad de venta de las comunas. Las enajenaciones debían ir en todo caso precedidas de una información de *commodo et incommodo*, sometida a la aprobación del Prefecto; la venta se realiza en pública subasta, en la que la intervención del notario es sólo facultativa. De todas esta formalidades sólo quedan excluidas las referentes a bienes de mínima importancia.

En la misma línea se encuentra el Decreto de Centralización de 1852, en el que se acentúan, sin embargo, las prevenciones contra las ventas precipitadas. "Debe cuidarse —dice la circular de 5.5.1852— de que las comunas no deshereden demasiado fácilmente a las generaciones futuras. Por ello no conviene autorizarlas a que vendan sus bienes más que en caso de necesidad bien constatada, e incluso en estas circunstancias siempre que no puedan acudir a los créditos" (10). Criterio restrictivo que aprueba CAFFIN, ya que con tales ventas "se perjudica a los pobres, que ya no podrán criar ganado en las porciones reservadas para ello y se verán privados de los recursos que las rentas de los sobrantes proporcionan. Su patrimonio, *pues el de*

---

(9) *Questions de Droit Administratif*, 2 ed., 1823, pág. LXXVII.
(10) *Apud* DESJARDINS, *De l'alienation...*, cit., pág. 477.

la comuna es verdaderamente el suyo, pasaría a manos de los ricos, que son los únicos que podrían adquirirlos y conservarlos, y ellos quedarían más pobres que nunca" (11).

Si, como hemos visto en otro lugar, las reparticiones fradicionales, es decir, gratuitas de bienes comunales están prohibidas, pero no lo están las enajenaciones, parece lógico que la prohibición no afecte a las reparticiones realizadas entre los vecinos, pero a título oneroso. Asi lo ha entendido el Consejo de Estado, que considera este sistema como una forma legal (*arrêts* de 2.12.1904 y 3.2.1905) con la condición de que el precio exigido a los compradores corresponda al valor de los terrenos. El procedimiento a seguir comprende las operaciones siguientes: división de los bienes en tantos lotes como vecinos con derecho al aprovechamiento comunal, tasación por un perito, aprobación por el prefecto y adjudicación de los lotes, bien sea por subasta, sorteo o común acuerdo (12).

C) Repartición entre los vecinos

1. Hasta el siglo XVIII no logró introducirse en Francia la práctica de la repartición de los bienes comunales entre los vecinos, siendo considerado como obvio y natural el aprovechamiento colectivo de los mismos ya que "el principio de la individualidad y la inalienabilidad de los bienes pertenecientes a las comunidades religiosas se aplicaba igualmente, antes de la Revolución, a los bienes de las comunas" (13), pero en esta época se inició una corriente contraria —en la que confluían elementos económicos, filosóficos, políticos y sociales— que terminaría por imponer, en Francia como en toda Europa, el criterio contrario.

a) La escuela fisiocrática fue la encargada de aportar las razones "técnicas" que aconsejaban, mejor dicho imponían, la desaparición del régimen comunal. A los comunales "restos de nuestra antigua barbarie", reprochaban el malgastar tierras de buena calidad,

---

(11) *Des droit de propieté des communes et des sections de communes sur les biens communeaux,* 1860, pág. 176.

(12) Cfr. *Petit Dictionnaire de Droit Municipal,* 1926, pág. 186. En una ocasión, el Consejo de Estado (13.2.1914) anuló la repartición por considerar que los precios de los lotes eran notablemente inferiores a su valor real.

(13) Cormenin, *Questions...,* pág. 98.

capaces, si eran puestas en cultivo inteligentemente, de dar ricas cosechas o al menos alimentar a rebaños más numerosos (14).

b) Una base más amplia proporcionaron los filósofos de la ilustración, al propugnar, dentro de esta misma línea, un sistema de explotación agricola, basada en la pequeña propiedad familiar, que se veía favorecida naturalmente por estos repartos.

c) La Administración no permaneció ajena a este movimiento, y pronto empezaron a recorrer las provincias enviados regios encargados de auscultar la opinión popular y de ponderar en sus informes el resultado de sus experiencias: Ahora bien, imbuidos estos funcionarios de las nuevas ideas del siglo, y quizá convencidos también por la realidad que observaban, suelen mantener un criterio decididamente favorable a la repartición. Un ejemplo caracteristico aparece en la figura del conde D'ESSUILE, quien tanto en su informe administrativo como en un libro posterior, en el que amplía su exposición y que alcanzó gran resonancia (15), se muestra ardiente defensor de las nuevas ideas y considera el reparto de comunales como una verdera panacea para lograr un aumento de producción, una reducción de los precios y una ocupación de los parados.

d) Las diversas clases sociales miraban también con buenos ojos esta repartición; claro está que con la secreta —o manifiesta— esperanza de manipular en la misma para lograr ventajas con ella. Los nobles aspiraban a redondear de esta manera sus posesiones aplicando la doctrina del *triage* allí donde no se hubiera consumado. El mismo conde D'ESSUILE, por lo demás tan experimentado funcionario como inteligente economista, no vacila en atribuir a los señores un tercio de estas reparticiones.

e) La actitud de los grandes propietarios rurales era, por el contrario, mucho más reticente ya que eran ellos, en sustancia, los más favorecidos por la indivisión, puesto que ordinariamente habían acaparado los pastos comunales con sus grandes rebaños. En este sentido su esperanza se cifraba en una repartición del común proporcionada a la extensión de las explotaciones de cada uno —como en ocasiones se hacia respecto de los aprovechamientos— y en efecto así lo conseguirían con el tiempo en algunas comunas dominadas por ellos.

---

(14) *Memoria de la Sociedad de Agricultura de Bourges*, apud M. BLOCH, *Les caractères...*, cit., pág. 224. Obsérvese el eco, no ya de estas ideas, sino incluso de la terminología, en los autores españoles, como JOVELLANOS ("costumbres bárbaras, tiempos bárbaros...").

(15) *Traité politique et économique des communes*, 1770. Cfr. M. GARRAUD, *La Revolution...*, cit., págs. 372-376.

f) Pero los jornaleros y pequeños propietarios eran, con mucho, los más interesados, pues así confiaban en llegar a adquirir un dia una explotación independiente; y además, nada perdían con el cese de la indivisión, puesto que sus modestos recursos no les permitían poseer ganados que soltar a los pastos comunales. Naturalmente iba a ser requisito necesario para su mejoramiento el que la repartición no se realizase en relación a las propiedades ya existentes, sino por *ménages.*

g) En las regiones montañosas, salvo muy raras excepciones, la población estaba en contra de la parcelación, y efectivamente, casi nunca llegaron allí a imponerse.

2. Bajo la presión de este cúmulo de circunstancias, *a fines del siglo* XVIII *empezaron a realizarse oficialmente parcelaciones,* pero de una manera escalonada: Lo cual se debe, no tanto a la prudencia del legislador —como con frecuencia se ha dicho—, sino más bien a la estructura política descentralizada del país, que no consentía la imposición de medidas generales simultáneas en todo el reino (16).

1) Un edicto de julio de 1769 permitió a las Comunidades de Trois-Echêvés el "repartir entre las familias existentes, sin distinción de viudas y por partes iguales, la totalidad o una parte de los terrenos comunales". Las partes resultantes son indivisibles, inalienables y no pueden ser embargadas, aunque sí sus frutos. Ningún vecino puede poseer dos partes. Las partes sobrantes son arrendadas en beneficio de la comuna por tres años. Las partes sólo son hereditarias por línea directa; las que caigan en línea colateral o que queden vacantes pasan a los matrimonios más antiguos de, entre los que no posean parcelas. Habiendo disposición testamentaria, y sin perjuicio del usufructo en favor de la viuda, la parcela debe recaer sobre uno de los hijos; en defecto de testamento, la parte corresponde al mayor de los hijos con labranza establecida.

2) En las generalidades D'AUCH y de PAU se comenzó permitiendo la partición de los comunales por familias, pagándose una renta en provecho del común de vecinos (C. de E. 28.10.1771, 9.5.1773 y 26.10.1777).

3) En enero de 1774 un edicto permitió en Borgoña hacer parcelaciones sin distinción de viudas, hijas y mozos con hogar separado y pagando impuestos. Las condiciones son las mismas que en

(16) Los datos que vienen a continuación están tomados de M. BLOCK, *Dictionnaire de l'Administration française,* 2. ed., Paris, 1878, págs. 1378 y sigs.

el edicto de 1769, salvo que los nuevos poseedores no pueden resolver los arrendamientos hechos por la comunidad.

4) En 1777, las tierras pertencientes a las comunidades de las tres castellanías de Lille, Dousi y Orchis, en Flandes, fueron repartidas entre las familias existentes, en virtud de letras patentes de 27.3. que fueron interpretados por un *arrêt* del C. E. de 13.5.1784 y modificadas por dos *arrêts* del Prefecto du Nord de 20.7.1813 y 12.3.1830. Las parcelas vacantes se entregan a los que se hayan domiciliado de más antiguo. Cuando un hombre y una mujer, ambos con parcela, se casan, deben renunciar a una de las parcelas, a su elección. Cada parcela queda efectada al *ménage* hasta la muerte de los dos esposos. Si el cónyuge supérstite contrae segundas nupcias, la porción queda vacante después de su muerte. No obstante, si este cónyuge tenía ya parcela antes de su primer matrimonio y la ha conservado, el segundo marido o la segunda mujer gozan de los mismos derechos que la primera mujer o el primer marido. Pero a su muerte, la parcela pasa a otro matrimonio. Los nuevos poseedores deben rendir cuenta a los antiguos o a sus herederos, según peritos, de las simientes, abonos, plantas, etc. Todo poseedor que no cultive durante tres años su parcela, o que no pague en los plazos debidos las contribuciones y cánones impuestos en provecho de la comuna, quedará desposeído por un *arrêté* del prefecto. Está prohibido extraer leñas. Los curas y vicarios tienen los mismos derechos que los matrimonios. Las parcelas sobrantes se arriendan por tres años en beneficio de la comuna.

En Artois la repartición de las tierras comunales fue ordenada por un *arrêt* del Consejo de 25.2.1779 que fue confirmado por un *arrêt* consular de 9 fructidor del año x. Ningún vecino puede poseer dos parcelas a la vez. El primogénito varón de cada familia, y en defecto de varones la mayor de las hembras, son los únicos que pueden suceder en las parcelas. Las hijas están excluídas en tanto que exista en la descendencia directa un varón apto para recoger la parte vacante (C'E. 23.1.1874). En el caso en que un titular no deje al morir descendientes directos, su parcela vuelve a la comuna para ser adjudicada al jefe de familia más antiguamente domiciliado y sin parcela. Si el antiguo poseedor ha hecho gastos o mejoras "sus herederos están facultados para retirarlas, si pueden hacerlo sin daño, a no ser que el nuevo poseedor prefiera pagarles su valor". Este *arrêt* de 1779 ha sido modificado posteriormente en diversas comunas.

3. A la vista de lo que antecede puede comprobarse que las ideas de *la Revolución francesa* respecto de los bienes comunales no eran radicalmente distintas a las del antiguo régimen; ahora bien, el aparato político-administrativo de los revolucionarios era mucho más

rápido y eficaz que el de los monarcas absolutistas; de aquí que las disposiciones tomadas sobre esta materia se extendieran rápida y uniformemente por todo el territorio de la nación, y no de forma parcial y sucesiva, como habia sucedido en años anteriores.

El 14 de agosto de 1792 la convención acordó un Decreto fulminante— con el que contaba ganarse el apoyo del campesinado francés vinculándole a la Revolución por uno de los lazos más firmes: la propiedad—, que en sustancia disponía: Este año, inmediatamente después de la recolección, todos los terrenos comunales, aparte de los bosques, serán repartidos entre los ciudadanos de cada comuna (art. 1.º); estos ciudadanos gozarán en plena propiedad de sus parcelas respectivas (art. 2.º); también se incluirán los baldíos en estas reparticiones (art. 3.º). Esta ley vino, pues, a realizar respecto de los bienes comunales lo que la Ley de 1.12.1790 había hecho respecto de los demaniales: sustituir el principio de la inelienabilidad y de la concentración por el principio de la alienabilidad y la división hasta el infinito.

Este Decreto fue luego desarrollado por otro de 16 de junio de 1793, que por constituir el texto fundamental sobre la materia, merece una ligera indicación sobre su contenido: En su Sección I se definen los bienes comunales como aquellos "sobre cuya propiedad o cuyos productos tienen todos los vecinos de una comuna un derecho común"; además, del principio general de la repartición se declaran exceptuados los bosques y el dominio público comunal. En la Sección II se determina la forma de la repartición, que ha de hacerse —como lógica consecuencia de las intenciones políticas que la inspiran— por cabeza de vecino domiciliado, cualquiera que sea su edad y sexo; los padres disponen de la porción de sus hijos menores de catorce años; los tutores velan por la conservación de la parte debida a los huérfanos; los cuerpos municipales por la que corresponde a los defensores de la patria en tiempo de guerra; queda excluido del reparto el señor que haya ejercido el derecho de *triage,* porque se entiende que ya ha percibido su parte; se prohibe la enajenación durante los diez primeros años. En la Sección III se declara el carácter facultativo de la partición; si se decide la no repartición, habrá de mantenerse este estado por lo menos un año; decidida la repartición, la Asamblea comunal nombrará tres peritos forasteros, de los cuales uno será agrimensor, quienes procederán al reparto con arreglo a las condiciones del suelo; los lotes serán numerados; se señalarán caminos y servidumbres y los gastos de todo ello serán pagados proporcionalmente por todos los beneficiarios; las rentas de los bienes que no se repartan, no se aplicarán a sufragar las cargas comunes, sino que serán repartidas entre los vecinos.

Ahora bien, tal como resume la situación un autor español (17), "apenas comenzaron los propios a venderse y los comunes a repartirse, se sintieron las consecuencias desastrosas de las leyes dictadas sobre esta materia. Ya en 9 de agosto de 1795 un diputado de la Convención nacional habló contra el repartimiento de los bienes comunales, ordenado por la Ley de 10 de junio de 1795, sosteniendo que "era injusta y destructora de la agricultura, seguía un efecto contrario a su objeto y perjudicaba a los intereses de la nación; y pidiendo que sus observaciones pasaran a la comisión de legislación, a fin de que informara sobre el asunto". La Convención, que ya empezaba a asustarse de sus propias obras, acogió favorablemente esta moción. Nada más hizo aquella Asamblea; pero al año siguiente el Directorio y el Consejo de Quinientos, considerando los funestos resultados de la ley referida, los cuales se agravaban por la precipitación con que se repartían las tierras y las incorporaciones y enajenaciones fraudulentas que de ellas se verificaban, acordaron suspender los repartimientos, manteniendo, sin embargo, provisionalmente los ya enacutados" (18).

Para regularizar debidamente esta situación apareció la ley de 29 de febrero de 1804 (9 ventoso año 12), que declaraba:

> Art. 1.: Los repartos de bienes comunales efectuados en virtud de la Ley de 10.6.1793, y que se hayan realizado formalmente, serán ejecutados.
>
> Art. 2.: En consecuencia, los coparticipantes y sus causahabitantes serán mantenidos definitivamente en la propiedad y disfrute de la parcela que les haya correspondido: Podrán venderla, enajenarla y disponer de ella como tengan por conveniente.

Pero se anularon, en cambio, las reparticiones que no constaran por escrito o no se hubieran consumado, a no ser que los ocupantes las hubieran roturado o mejorado, y se obligaran, además, a pagar al pueblo que antes las poseyeran, una canon redimible equivalente a la mitad del producto, o a lo que valiese en venta el predio antes de ponerlo en cultivo.

---

(17) CÁRDENAS, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España,* t. I, 1873, pág. 152.

(18) Ley 9.6.1796/21 *prairial* año 4. CORMENIN, *Questions...*, cit., pág. 98, hace observar, además, la incongruencia que supone mantener las reparticiones sólo provisionalmente y confirmar definitivamente las ventas de esos mismos bienes; además de que esto representa un quebrantamiento de la promesa realizada en los textos de 1792 y 1793 de que las parcelas se entregarían en plena propiedad.

4. Las medidas repartidoras, no obstante su brevedad y los graves riesgos que representaban, han sido ordinariamente bien acogidas por los autores del siglo XIX.

"Yo sé bien —dice CORMENIN— que la partición de los bienes comunales no ha sido concebida dentro de un sistema de previsión y de utilidad general, que a veces ha sido realizado de una manera imprudente, que se hubiera debido consultar previamente la situación geológica de las comunas, sus necesidades, sus hábitos comerciales y sus verdaderos intereses, y que así, por ejemplo, en las montañas de la Auvergne y del Jura se han repartido con frecuencia terrenos estériles para la agricultura y que reunidos ofrecían fuentes preciosas para el alimento de numerosos rebaños, abono de tierras y alimento de habitantes. Pero, fuera de estas excepciones, hay que reconocer que la partición de bienes comunales ha multiplicado la riqueza de la agricultura. Un espíritu de vida y de fecundidad se ha extendido súbitamente por tierras hasta entonces descuidadas por la naturaleza y por la mano del hombre. Pantanos sometidos bajo las aguas han sido desecados, matorrales incultos están ahora cubiertos de cosechas, un mayor número de franceses se han unido a los negocios de su país por lazos tan firmes y sólidos como la propiedad. Favorable a la libertad pública, la repartición ha sido todavía más favorable de lo que se piensa a la tranquilidad del gobierno. Ha quitado más de un pretexto a las revoluciones puesto que ha aliviado la condición del pueblo, pero no entregándole súbitamente riquezas que le habrían corrompido, sino dándole una honesta recompensa a sus trabajos y a sus sudores. Así se ha aumentado la población" (19).

"Difícilmente podía imaginarse una medida más conforme al espíritu de la revolución, ni que mejor cumpliera los deseos de los economistas de la época acerca de la subdivisión, generalización y circulación de la propiedad: Con ella no sólo quedaba desamortizada la única parte de la riqueza inmueble que aun no lo estaba, sino que iban a crearse, como por encanto, muchos millones de pequeños propietarios cultivadores, prontos a realizar la fábula de la Edad de Oro... Por efecto de esta Ley, hasta las orillas del mar se repartieron entre los vecinos de muchos pueblos, a título de terrenos baldíos" (20).

Muy distinta es, sin embargo, la opinión de otros autores, como CAFFIN, para quien "la repartición es contraria al objeto a que están destinados estos bienes, opuesta a la intención de las generaciones pasadas y en perjuicio de las futuras, pues entrega definitivamente

(19) *Questions...*, cit., pág. 107.
(20) CÁRDENAS, *Historia...*, cit., pág. 142.

los bienes a quienes no son más que depositarios... ¡Cuántos reproches no podrían hacer a esta generación los pobres de otras futuras si, por un sentimiento que podríamos llamar anticristiano, les despojasen de una fuente de vida, que también a ellos debía pertenecelos!" (21).

Un autor moderno, por último, M. GARRAUD, al ir analizando las ventajas y las desventajas de esta operación, después de reconocer que gracias a las reparticiones se aumentó el número de propietarios y se pusieron nuevas tierras en cultivo, hace observar, entre los efectos negativos, que por su culpa se estropearon excelentes terrenos de pastos y que por el afán del lucro de los primeros años, se roturaron tierras pobres, que hubo luego que abandonar pronto por haberse esquilmado en unas pocas cosechas; y sobre todo, en otro orden de consideraciones, que buena parte de los jornaleros, al no poderlas cultivar, las vendieron a bajo precio a los terratenientes, que fueron, a la postre, los beneficiados con esta política (22).

5. Pero sobre todas estas consideraciones económico-sociales flotaba en el siglo XIX una cuestión jurídica, nunca resuelta con seguridad: la de la *vigencia de la Ley de reparticiones de 1793*. Cuestión que ofrecía una transcendencia extraordinaria, si se tiene en cuenta que en 1810 todavía quedaban cuatro millones de hectáreas sin repartir. A este respecto, hay criterios para todos los gustos, que DESJARDINS clasifica así (23):

1) *Tesis de la derogación*, que se apoya en los argumentos siguientes:

a) Art. 2 de la Ley prairial del año V, que dice que las comunas no pueden enajenar sus bienes sin una Ley particular. Y la repartición es una forma de enajenación, puesto que representa un acto traslativo de propiedad.

b) Decreto de 9 brumario año XIII, que determina que las comunas que no hayan aplicado la Ley de 1793, continuarán disfrutando de los bienes comunales como hasta entonces.

c) Un *avis* del Consejo de Estado de 21.2.1838, que sostiene que las particiones de bienes comunales son contrarias a las leyes administrativas y civiles.

---

(21) *Des droits de propieté des communes et des sections de communes sur les biens communeaux*, 1860, pág. 111.

(22) *La Révolution...*, cit., págs. 375-376.

(23) *De l'alienation...*, cit., págs. 471 y sigs.

d) CAFFIN (24) invoca, por su parte, tres argumentos diferentes en apoyo de esta tesis —que hace suya—: Un *avis* del Consejo de Estado de 28.2.1836; un Informe *del Garde des sceaux* de 8.5.1835, en el que se declara que "la Ley de 10.6.1793, que permitía la repartición gratuita de los comunales, ha sido derogada por las posteriores"; y una Circular del Ministerio de Comercio y Obras Públicas de 6.8.1836, en la que se declara que "el derecho de partición acordado por la Ley de 1793 había sido uno de los ataques más graves que se habían lanzado contra la propiedad comunal". Tres argumentos que si ciertamente no tienen un peso jurídico demasiado grande, al menos nos prueban que la actitud administrativa sobre este punto no podía ser más clara.

2) *Tesis de la no derogación:* Se apoya en que la Ley de 9 de ventoso del año XII, al referirse a la de 21 *prairial* del año V, parece haber pretendido solo reponer todas las cosas en el estado anterior a esta Ley. Esta tesis, además, fue recogida por la práctica administrativa del Segundo Imperio, según prueba una Circular Ministerial de 5.5.1852, en la que con un lenguaje muy distinto al de las épocas anteriores, se declara que "la indivisión es una fuente de dificultades y fomenta las usurpaciones, comprometiendo gravemente el interés de los copropietarios".

Esta actitud imperial, de característico fomento a la propiedad privada y a la expansión económica, ensayó también, al parecer con poco resultado, un nuevo sistema para poner en cultivo los bienes comunales mediante la ayuda financiera del Estado. Según la Ley de 28.7.1860, los Consejos Municipales que posean tierras incultas cuya puesta en cultivo pueda ser útil, deben ser invitados por el Alcalde para que resuelvan sobre su roturación. En caso de denegación un Decreto del Consejo de Estado puede declarar la utilidad pública de los trabajos, y regular su modo de ejecución. Si hay lugar, el Estado adelantará los gastos, resarciéndose luego con la venta de una parte de los terrenos mejorados.

Por otro lado, según el testimonio de BERTHELEMY (25), a todo lo largo del siglo XIX se sucedieron en las Cámaras legislativas peticiones de autorización de reparticiones de bienes comunales, denegadas sistemáticamente mediante la invocación de dos series de razones: Una, consistente en el interés que hay por retener a los campesinos en sus aldeas; y otra, por la protección que garantizan estos

(24) *Des droits de propieté...*, cit., pág. 109.

(25) *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 13.ª ed., 1933, pág. 638. Cita, al efecto, las sesiones de la Cámara de los Pares de 19.3.1835 y de la de Diputados de 4.2.1837.

bienes a las clases rurales pobres. BERTHELEMY reacciona, sin embargo, contra este último argumento, por entender que "si el disfrute en común, tan contrario a las reglas de la economía política, es empleado como un medio de asistencia benéfica, puede afirmarse que es un mal medio. Sería más provechoso a todos asegurar una mejor productividad de las tierras incultas, aunque fuera con ventaja para unos solos. *El colectivismo agrario no puede crear más que la igualdad en la pobreza.* Y conviene advertir, además, que la partición entre los habitantes no es un buen medio de poner fin a este mal sistema de los aprovechamientos comunales. La mejor solución consiste en su arendamiento o en su venta en provecho de la Caja comunal, si bien, no en masa, lo que sería desastroso, sino por parcelas, a medida que pudiera hacerse en condiciones favorables".

3) *Tesis mixta: Repartición entre comunas.*

Si la jurisprudencia moderna ha insistido en la tesis negativa de repartición gratuita de los bienes comunales entre los vecinos (C. d'E. 3.6.1910), ninguna duda ofrece, en cambio, la posibilidad de llegar a una *repartición de los mismos entre las diferentes comunas que puedan ser copropietarias,* mediante el siguiente procedimiento:

La iniciativa debe partir de uno de los consejos municipales. En ningún caso puede ordenarse de oficio la repartición, si ninguna de las comunas lo pide.

A falta de títulos especiales en contrario, la repartición debe hacerse de acuerdo con el número de *feux* existentes en cada comuna (*Avis* C. d'E. 4.7.1807 y 12.4.1808).

Cuando la repartición ha sido decidida, se requiere a las comunas para que nombren peritos. En caso de desacuerdo entre los peritos nombrados por cada una de las partes, se nombra un tercero por el prefecto (L. 10.6.1793). Los peritos, después de haber prestado juramento, proceden a la tasación de los bienes, y después a la formación de lotes y al nombramiento de los interesados con derecho a ellos. A continuación inician un expediente que se deposita en el Archivo de la Prefectura y del que se facilitan copias a las partes interesadas. Una encuesta de *commodo et incommodo* se abre en cada comuna bajo la dirección de un comisario nombrado por su subprefecto. Al terminarse esta encuesta los consejos municipales son requeridos por el prefecto para decidir sobre sus resultados (26).

(26) *Petit Dictionnaire de Droit Municipal,* 1926, pág. 678.

II. ITALIA

En el siglo XIX la influencia napoleónica, y posteriormente el espíritu liberal individualista propio de siglo, provocaron una grave transformación de la estructura agraria tradicional, que puede resumirse, a grandes trazos, en tres fases. La primera, produjo la liquidación del régimen feudal, y sirvió de base para las siguientes. La segunda fase desarticuló las tradicionales relaciones entre la propiedad y los usos cívicos: por un lado liberó aquélla del gravamen que suponía la existencia de éstos, y por otro, concretó el ejercicio de los usos, no ya sobre propiedades ajenas, sino sobre terrrenos cuyo dominio se atribuye a los usuarios, es decir, que los usos cívicos se transformaron en bienes comunales en el sentido ordinario. La tercera fase supimió el régimen colectivo de los bienes así formados, procediendo a su parcelación y distribución entre los usuarios.

Veamos ahora hasta que punto concuerda el variado repertorio legislativo italiano —que corresponde a la diversidad de sus Estados— con el esquema anterior (27).

1. El régimen de las *provincias meridionales* (28) es uno de los más característicos, precisamente por la importancia que en su vida económica han ejercido, y aún ejercen, los usos colectivos (29).

---

(27) ZANOBINI, *Corso di Diritto ammnistrativo*, 3 ed., t. IV, 1948, págs. 173-174, clasifica la legislación histórica italiana sobre esta materia en los siguientes periodos: *a)* ilustración: Ley de María Teresa para (Austria) y Lombardía de 13.11.1772, de Leopoldo de Toscana de 2.6.177 y Fernando IV de Nápoles de 23.2.1792; *b)* régimen napoleónico; *c)* restauración, y *d)* legislación del Estado italiano. En la etapa primera también deben ser incluidos el Edicto de Pietro Leopoldo de 11.4.1778 y sus Instrucciones de 7.12.1778 y 14.12.1780 para la provincia inferior sienesa. Cfr. A. PALLINI, "Abolizione ed affrancazione degli usi civici nella provincia inferiore senese, oggi provincia di Grossato, in forza della reforma leopoldina", en *Rivista di Diritto agrario*, 1931, págs. 64 y sigs. y 267 y sigs.

(28) Cfr. sobre este punto VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, trad. esp. 1929, págs. 207 y sigs.; GRANITO, *Usi civici*, Ed. Vallardi, Milano, s. a., págs. 17-26.; TRIFONE, *Gli usi civici*, 1963, páginas 5-9. Y con carácter especial, CIADULLI, *De la liquidazione del governo dei demani civici delle provincie meridionale*, y FORTI y DE RENSIS, *Il codice dei demani comunali delle provincie napolitane e siciliane*, 1906.

(29) Existe también una razón político-jurídica que sirve de base a la diferencia de estructuras económicas entre el Norte y el

Abolido el feudalismo por ley de 2 de agosto de 1806 (30), muy pocos días después, el 1 de septiembre, se disponía el reparto de todos los bienes gravados con usos cívicos (31), liberándose a las propiedades de los mismos, pero deduciendo de las mismas una porción que se atribuía a los usuarios, y que variaba entre una y tres cuartas partes, según la importancia que tuvieran los usos (Decreto de 3 de septiembre de 1808) (32). Pero simultáneamente se disponía la parcelación y reparto entre los usuarios de los bienes atribuidos a la colectividad. De esta manera el antiguo uso sobre propiedad ajena no se transformaba sencillamente en un nuevo uso sobre tierras municipales, sino en una parcela de propiedad particular no sujeta a otras limitaciones que la prohibición de enajenación durante veinte años y la de arrendamiento durante los cuatro primeros años de la posesión. Se preveían, no obstante, excepciones a esta parcelación cuando se tratase de terrenos impropios para el cultivo. Insistiendose en esta tendencia, por la Ley de 12 de diciembre de 1816 se reservaron para pastos comunales las tierras ya destinadas a ello (art. 188), y los montes también siguieron dedicados gratuitamente a los usos esenciales. Las parcelas individuales recién formadas quedaban sujetas, en todo caso, al pago de un canon en favor del municipio.

Sur. En el norte de Italia la burguesía supo hacer frente, y con el tiempo llegó a dominar a los nobles, haciendo libre la propiedad, mientras que en el Sur no acertaron las clases populares a limitar el poder de los barones, que sólo encontraron enemigo en el escogido, si bien poco eficaz, grupo de unos juriconsultos (GIRIODI, *Il comune*, 1891, pág. 102.)

(30) No faltan, sin embargo, claros precedentes en la época absolutista. Fernando IV había determinado en la Pragmática *De administratione Universitatum*, de 23.2.1792, que el dominio de las universidades *(Comune)* se repartiese entre los ciudadanos pobres, y que los terrenos de pastos se repartiesen entre los propietarios de ganado mayor.

(31) Cuya descripción legal, según el artículo 11 de la Instrucción ministerial de 10.3.1810, es la siguiente: "... o por los principios generales como reserva más o menos extensa del dominio que los pueblos ejercen sobre las tierras demaniales de los ex barones o de la Iglesia, o como reserva hecha por el concedente para conservar a los mismos pueblos un medio de subsistir".

(32) Más concretamente: en los usos llamados esenciales, una parte variable entre el cuarto y la mitad; en los útiles, la mitad, y en los dominicales, una parte variable entre uno y dos tercios. Conviene advertir, por otro lado, que éste era el único medio de liberar la propiedad de los usos cívicos; mientras no se realizase esta partición, la posibilidad de ejercer el uso seguía existiendo indefinidamente, no obstante las transmisiones dominicales que se realizasen, e incluso el desuso. (Cfr. VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, Ed. Española, t. I, 1929, pág. 209.)

El pastoreo comunal se encuentra, en principio, libre de toda tasa y canon. Lo que no obsta para que si la comuna se ve precisada de dinero pueda imponer una cuota sobre estos aprovechamientos, a partir de diez cabezas menores o una mayor (arts. 188-190 de la Ley de 12.12.1816). La doctrina ha vacilado un tanto frente a este arbitrio que parece oponerse a la gratuidad esencial de los bienes comunales. Posteriormente se reconoce ya que este gravamen no afecta a su naturaleza y que supone un simple reconocimiento de la soberanía de la Comuna, como antes había sido la *fida* feudal respecto del señor (33).

La brusca aparición de una legislación que significaba una transformación del régimen agrario, presuponía la existencia de una organización administrativa capaz de resolver los infinitos problemas que iban a plantearse. Por lo que se refiere a los conflictos surgidos entre los nobles y las comunas respecto a liberación de propiedades y acotamientos de terrenos comunales, la antigua *Camera della Simmaria* fue pronto desbordada y hubo que crear por Decreto de 11.11.1807 una jurisdicción especial —*la Commissione delle gravezza* o *Commissione Feudale*— de cuya actividad nos da idea el hecho de que dictara en 18 meses casi cinco mil sentencias. Por lo que se refiere a las parcelaciones entre los vecinos, por Decreto de 23.10.1809 fueron creados bajo el gobierno de Murat *commissari repartitori*, que al cabo de dos años pudieron considerar terminada su inmensa labor, transfiriéndose sus facultades a los intendentes (prefectos) ordinarios (Decreto de 27.12.1811).

En la isla de Sicilia el proceso fue muy similar, aunque con algunos años de retraso. El feudalismo y las vinculaciones fueron abolidos en la Constitución de 15.3.1813. La promiscuidad del dominio y de los usos cívicos fue liquidada por Decreto de 11.10.1817. Y en cuanto a las parcelaciones son de citar los Decretos de 11.9.1825; 20.12.1827; 7. 5 y 19.12.1838 y la Instrucción de 11.12.1841.

2. *Cerdeña.*—Si la legislación napolitana no corresponde al propósito que la guiaba y estuvo muy lejos de conseguir la regeneración económica y moral de las clases rurales, con el sistema de parcelaciones y atribuyendo a los despojados del derecho de uso una propiedad que ni eran capaces de utilizar ni de conservar, a lo menos realizó o

---

(33) Cfr. GIRIODI, *Il comune...*, cit., pág. 104. Recuerda también este autor a este propósito una observación del Cardenal DE LUCA: "Ubi ad consulendum publicis oneribus et necessitatibus alio commodiori modo deficiente, congrum et rationabile reputetur aliquam territorii partem restringere vel prohibere ut ita ex pretio illorum pascuarum exteris vel eisdem civibus vendendorum dietis necessitatibus consulatur, et tunc publica causa praeferetur privatae".

preparó la disolución de la promiscuidad facilitando la constitución de una propiedad privada libre de las cargas que obstaculizaban tradicionalmente la producción. Más graves son los cargos que pueden dirigirse contra las leyes acerca de la propiedad rústica de Cerdeña, que comenzó con medidas incompletas e incongruentes y concluyó con violencias, que no compensaron los daños sociales acarreados por el espolio de los usuarios con las ventajas económicas anejas a una propiedad libre. Las condiciones de la economía rural y el grado de cultura de sus habitantes no consentían una rápida transformación del sistema de cultivo extensivo, en intensivo, del predominio del pastoreo al de la agricultura; y la propiedad privada que quería consolidar el legislador, liberándola de los usos, era con frecuencia de fecha sobrado reciente y de harto incierto origen, como para que pudiera oponerse a los derechos seculares de los usuarios. Por esto, la fuerza de las cosas hubo de resistirse a una transformación jurídica, que en vez de perseguir la transformación económica, venía impuesta por una presión exterior; y por voluntaria o forzada tolerancia continuaron subsistiendo los usos abolidos y condenados por las leyes. Los mayores propietarios de Cerdeña, el Estado y los Municipios (el Estado, que quería vender y los municipios que debían enajenar), no hallaron quien se decidiera a adquirir unas tierras en que no podían hacerse reformas en el cultivo sin provocar una lucha con los habitantes (34).

Como resultado de estas circunstancias económicas y sociales se desarrolla en Cerdeña a todo lo largo del siglo XIX una lucha tenaz entre la Administración y los Tribunales de Justicia, por un lado —que actuaron aquí con menos elasticidad que en ninguna parte— y los campesinos, por otro, aferrados a sus usos tradicionales, a los *adempribios* que habían venido ejerciendo sobre los dominios feudales. El Edicto de 6 de octubre de 1820, la Carta Real de 15 de marzo de 1839, la Patente de 14 de septiembre de 1844 y la Ley de 15 de abril de 1851 fueron intentos más o menos eficaces de ir reduciendo el ámbito de los *adempribios*, y que culminaron en la Ley de 23 de abril de 1865, que abolió en términos categóricos los usos cívicos o *adempribios*. Como compensación a los usuarios se empleó aquí un nuevo sistema: los bienes públicos adempribiales fueron adjudicados a los Municipios, pero imponiéndoles la obligación de venderlos a los beneficiarios en el plazo de tres años. El sistema no dio resultado: los vecinos no manifestaron ningún interés por estas ventas y prefirieron seguir disfrutando de estos usos al margen de la ley. La Ley de 18 de agosto de 1870 autorizó, por fin, a los Municipios para repartir sus bienes entre los vecinos.

---

(34) VENEZIAN, *Usufructo...*, cit., pág. 212.

3. En el *exprincipado de Piombino* ofreció la liquidación de los usos cívicos una particular pureza de procedimiento. Por *Motu propio* del Gran Ducado de 15 de julio de 1840 y 11 de enero de 1845 se sancionó el cese de la promiscuidad de dominio y derechos obligando a los propietarios a liberar sus tierras mediante una indemnización a los usuarios, que se descomponía en dos terceras partes abonable en tierras, y la tercera en metálico, que no se entregaba a los usuarios, sino que se destinaba a constituir una Caja agricola con tantas acciones como parcelas, y cuya propiedad correspondía, naturalmente, a los antiguos usuarios. Las Leyes italianas de 15 de agosto de 1867 y 21 de julio de 1869 recogieron, en lo fundamental, este sistema.

4. Para las provincias de *Venecia, Bel.une y Udine* se dictó la Ley de 2.4.1882:

En compensación a los derechos abolidos, impuso la obligación de pagar al Municipio en cuyo término se ejercitaban, un canon anual equivalente al valor de las hierbas y de los pastos, y dispuso que este canon, o el producto del capital de la redención, lo destinaran los municipios durante treinta años al auxilio de los comuneros más pobres, con preferencia aquellos que gozaban del derecho a las hierbas o al pasto. Con ello fueron injustamente beneficiados los municipios, y no se indemnizó a los usuarios o, a lo sumo, se les entregó una limosna. Es también de notar en estas disposiciones que la abolición de esos usos no se decretara como una consecuencia de las de redención, sino brusca y perentoriamente, toda vez que desde 1 de enero de 1884 era reputado el ejercicio de aquellos derechos como un delito contra la propiedad, y les eran aplicables las leyes penales y de orden público.

Este sistema mismo fue el que siguió la Ley de 6 de mayo del año 1885, que abolió los usos de hierbas y pastos en las provincias de Treviso y Venecia y el derecho de pastos y de leñas de monte bajo en la provincia de Turín (35).

5. Para el *nuevo Estado italiano* el problema se presentaba muy urgente por cuanto que el aire renovador y social de que había surgido imponía una solución rápida y definitiva. Pero hasta llegar a ello en 1924, habían de realizarse una penosa serie de tanteos y esfuerzos. Los aprovechamientos comunales no son, desde luego, una materia fácilmente asequible a las manipulaciones del legislador.

El primer ensayo general del nuevo reino lo constituye la ley forestal de 20 de junio de 1871 (y posteriores que la desarrollaron de 1875 y 20.6.1877). En ellas se imponía a cuantos alegasen un dere-

---

(35) VENEZIAN, *Usufructo...*, cit., pág. 219.

cho de posesión sobre los bosques, la obligación de declarar oficialmente su pretendido derecho en el plazo de un año, so pena de decaer en el mismo. Facultándose al Gobierno para liberar los terrenos sujetos a estas posesiones, mediante la cesión a los usuarios —a título enfitéutico en propiedad absoluta— de una parte del bosque; pero previniéndose además asignaciones individuales o colectivas (36).

El segundo intento, más depurado y ambicioso, lo constituye la ley de 24.6.1888, destinada al territorio de los antiguos Estados pontificios, en los que regía una Notificación pontificia de fecha 29. 12.1849.

En el artículo 1 de la ley de 1888 se declaraba la abolición de todas las servidumbres establecidas a favor de vecinos; precisando el artículo segundo que se reputarían derivadas de título expreso o presunto y tendrían carácter de servidumbre negativa o prohibitiva, cuantos usos ejercitase una población sobre bienes comunales o de propiedad privada, es decir, que se suponía que los actos de uso no estaban realizados por mera tolerancia. Por otro lado, cuando se reconociese que era indispensable a una población o al conjunto de los usuarios el continuar ejercitando el uso, y con tal objeto fuese insuficiente la extensión de terreno que hubiera de cederse con motivo de la liberación, podría llegarse al cese de la confusión de derechos mediante otro sistema: el propietario no redimía la carga de los usos, sino que permitía a los usuarios consolidar uso y propiedad mediante el pago de un canon anual.

La especial significación de esta ley estriba en que en ella se impone por primera vez de una manera consciente y definitiva un criterio ideológico nuevo: el romanticismo histórico colectivista (del que podría considerarse como evangelio la obra de LAVELEYE, y que contaba con intelectuales de la talla de SCHUPFER y VENEZIAN), que venía a sustituir el dogma económico individualista impuesto un siglo antes por la Ilustración.

La Ley pretendía frenar la serie de reparticiones a ultranza, que venían imponiendo sistemáticamente las leyes anteriores. En este sentido fue una ley de compromiso (37), que articuló ambas tendencias, señalando, como hemos visto, en unos casos la partición y, en otros,

(36) Cfr. GRANITO, *Usi civici*, cit., págs. 28 y 29.
(37) En realidad, la Administración que redactó el proyecto era partidaria de la abolición de los usos y la partición de los terrenos, mientras que el Parlamento defendía la tesis de la formación de una propiedad colectiva.

la formación de una propiedad colectiva. Figura que fue saludada con los mayores extremos por la doctrina de la época (38).

Pero la novedad de esta "propiedad colectiva organizada por ley" obligó pronto a una reforma del texto de 1888, sustituido por las leyes de 4.8.1894 y 8.3.1908, que tampoco supieron encontrar una fórmula definitiva.

6. Así las cosas, después de la primera guerra mundial, se llegó en Italia al convencimiento de que era preciso abordar de nuevo la cuestión con un criterio unitario y, sobre todo, más enérgico. La realidad era que al cabo de siglo y medio de legislación liquidadora de *usi civici*, éstos seguían existiendo, dando pruebas de un enraizamiento social verdaderamente paradigmático. Todo el poderoso instrumento de la burocracia administrativa de un Estado moderno se puso en juego para resolver la cuestión definitivamente. Una pequeña comisión, formada por un funcionario, DE RENSIS, y dos conocidos tratadistas, RAFFAGLIO y TRIFONE (39), redactó rápidamente un proyecto, que más o menos desfigurado, se aprobó por Decreto-Ley de 25.5.1824. Al cual con alteraciones importantes pero no substanciales, se dio el rango de ley, con fecha 16 de junio de 1927, hoy vigente (40), de la que se transcriben a continuación los artículos, a nuestros efectos, más importantes:

> Art. 1.:Las disposiciones de la presente ley serán de aplicación para la determinación y liquidación general de los usos cívicos y demás derechos de disfrute y promiscuo de tierras, que corresponden a los habitantes de una Comuna o lugar menor

---

(38) Con esta Ley —observaba en la Cámara el diputado CANEVARI— "se da una aplicación práctica al principio de hacer coexistir al lado de la propiedad privada una forma de propiedad colectiva organizada por la Ley, a ejemplo de la propiedad primitiva (como) la marca germánica, la Alemania suiza y, sobre todo, las numerosas comunidades rurales italianas". Y un especialista, FREZZINI, comentaba también: "poca cosa, si se considera por sí misma, pero importantisima, en cuanto primer paso hacia una renovación general de nuestra legislación en materia de propiedad rural". (Citas tomadas de GRANITO, *Usi civici*, cit., págs. 33 y 34. Cfr" del mismo, en general, págs. 29-52.)

(39) Autor del reciente libro, ya citado, *Gli usi civici*, del que pueden verse a este respecto las páginas 39 y sigs. Una amplia recensión del mismo hicimos en la *Revista de Estudios Agrosociales*, núm. 45, 1963.

(40) De entre la legislación complementaria son de citar: R. D. 26.2.1928, Instrucción de 16.4.1928, R. D. 30.5.1929, Ley 10.6.1930, Ley 16.3.1931, R. D. 13.4.1939, D. Ley 19.10.1944, D. Ley 3.5.1945, Ley 17.4.1957, Ley 4.3.1957, Ley 4.3.1958, Ley 21.2.1961, y referidos especialmente a la región siciliana: D. Ley 2.3.1948 y Ley 13.9.1956.

y para la sistematización de las tierras que provengan de esta liquidación y de las demás poseídas por los municipios, universidades y otras asociaciones agrarias, cualquiera que sea su denominación, y sometidas al ejercicio de usos cívicos.

Art. 2.: En el juicio de determinación y declaración de la existencia, naturaleza y extensión de los usos cívicos, cuando no exista prueba documental, se admite cualquier otro medio legal de prueba, con tal que el ejercicio del uso cívico no haya cesado con anterioridad al año 1800.

Art. 3.: Todo el que ejerza o pretenda ejercer derechos de la naturaleza a que se refiere el artículo precedente, está obligado a hacer una declaración de los mismos, dentro de los seis meses posteriores a la publicación de la ley, al comisario instituido en el artículo 27. Transcurrido el plazo sin que se haya hecho la declaración, se considerará extinguida toda acción dirigida a obtener el reconocimiento de los derechos que no se ejerciten en la actualidad y a reivindicar las tierras sometidas a los usos cívicos...

Art. 4.: A los efectos de la presente ley, se clasifican en dos categorías los derechos a que se refiere el artículo 1: *a)* esenciales, si el ejercicio personal se considerara necesario para las necesidades vitales, *b)* útiles, si tienen de una manera predominante caracteres y fines industriales.

A la primera clase pertenecen los derechos de pacer y abrevar los ganados propios, recoger leña para el uso doméstico o para un trabajo personal y sembrar dando una contraprestación al propietario.

Art. 5.: La compensación por la liquidación de tales derechos consistirá en una porción del fundo gravado... y que será determinada del modo siguiente: Para los derechos de la primera clase, de cualquier modo que sean ejercidos, la proporción será como mínimo, de un octavo del fundo, que podrá, según la variedad de los casos y circunstancias, ser elevada a un tercio, e incluso a la mitad. Para los derechos de la segunda clase, y teniendo en cuenta los criterios dichos, podrá el comisario elevar la compensación desde el mínimo de un tercio al máximo de dos tercios...

Art. 6.: La porción de terreno que se asigne como compensación de los derechos cívicos, deberá ser determinada no sólo en relación con su extensión sino también con su valor...

III. ALEMANIA

A) Usurpaciones del señor

En Alemania, más que en ninguna otra parte, fueron objeto los bienes comunales de las usurpaciones de los señores territoriales, debido quizá al importante papel que éstos jugaban en la estructura constitucional del Imperio. Las pretensiones de los nobles sobre marcas y allmendes fueron constantes en todo tiempo; sin embargo, puede apreciarse en los primeros decenios de la Edad Moderna una intensificación de las mismas, cuyos resultados contribuyeron por cierto a provocar las grandes revoluciones campesinas de la época (41), entendidas como enérgica reacción de los campesinos ante la incongruente situación de los tiempos: una mayor libertad de los espíritus, tal como predicaba la reforma, y una mayor esclavitud de los hombres, tal como exigía la nueva coyuntura económica.

Maurer (42) señala tres vías por medio de las cuales los señores provocaron el derrumbamiento de las constituciones comarcanas para apoderarse de los bienes comunales:

a) La aparición de una jurisdicción comarcana señorial, que absorbió a la antigua jurisdicción comarcana autónoma: los antiguos jueces independientes terminaron convirtiéndose en funcionarios del señor. Así quedaba allanado el camino para las futuras usurpaciones.

b) Transformación del antiguo poder señorial, que expresaba una simple relación de soberanía, en una relación tutelar, capaz de paralizar político-jurídicamente los impulsos de liberación de los órganos comarcanos.

c) La usurpación de los bosques por la generalización arbitraria de la regalía forestal. Del principio, aparentemente inocuo, del derecho a cazar, exclusivo de los señores, fueron éstos deduciendo paulatinamente consecuencias cada vez más graves (43): La obligación de

---

(41) Cfr. V. Valentin, *Knaurs Deutsche Geschichte*, 1960, página 198.

(42) *Geschichte der Markenverfassung in Deutschland*, 1856-1962, págs. 428 y sigs.

(43) "... la más grave fue la regalía de montes, por cuanto justificaba incluso en los bosques comunales una policía de montes y

respetar la caza del señor se extendió a la prohibición de hacer nada que la perjudicara, comprendiéndose aquí, con un criterio extensísimo, la prohibición de las roturaciones y de los aprovechamientos de aguas y leñas; los derechos policiales del señor en materia de caza se ampliaron también desmesuradamente hasta convertirse en una policia general (44).

La exacerbación de la codicia de los señores, provocada por los cambios de estructura económica característicos de la Edad Moderna, encontraría pronto una justificación jurídica que, al institucionalizarse posteriormente, daría lugar a una prolongación indefinida de las relaciones, hasta que nuevas presiones económico-sociales vinieran a quebrantar esta inercia, expresándose luego, a su vez, como no podía ser menos, en otros moldes jurídicos.

Como ha resumido GIERKE (45), hubo juristas que aplicaron sin escrúpulos a esta materia la teoría de que las cosas sin dueño y las incultas pertenecen al Fisco, incluso aunque en ellas fuera tradicional un aprovechamiento de pastos (OETTINGER, en contra STRUBEN). Otros (PIPER), procediendo con un criterio histórico, deducían el origen de las grandes marcas de una primitiva propiedad de los señores territoriales, quienes habían permitido a los comarcanos —siervos de la gleba liberados— el aprovechamiento de sus posesiones. Con frecuencia (así TUDICUM) se atribuía al señor la completa propiedad de todos los bosques del país, o se deducían del concepto de *res nullius, res publicae o res universitatis* —en cualquiera de los cuales se subsumian los bienes comunales— no sólo los más amplios derechos de soberanía, sino una auténtica propiedad estatal (WEISKE). Con estos aparentes motivos, o sin ellos, lo cierto es que muchos señores se apoderaron de las 'Allmende comunales o impusieron por diferentes medios a los Concejos el reconocimiento de la propiedad señorial. Y si se mantenían todavía en la antigua marca algunos aprovechamien-

---

una Administración soberana, suplantaba a los funcionarios comarcanos por guardas forestales del príncipe y regulaba los aprovechamientos corporativos mediante leyes forestales estatales, de tal modo que aquéllos estaban sujetos en cuanto al lugar, tiempo, modo y cantidad a las indicaciones del soberano" (GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht...*, cit., pág. 660).

(44) Todavía en el siglo XVI suelen limitarse las ordenanzas forestales del principe a regular sus bosques patrimoniales, constituyendo una excepción aquellas que, como las bávaras de 1516 y 1553, ya se ocupaban de los bosques comunales. Esta excepción se convierte en regla en el siglo XVII (Ordenanzas de Württemberg de 1614; Hessen, de 1629, 1659, 1682 y 1688, y Baviera, de 1616), para consumar una liquidación casi definitiva en el siglo XVIII (Ordenanzas de Paderborn, 1725; Hessen, 1739; Austria, 1786).

(45) *Das Genossenschaftsrecht...*, cit., págs. 659-660.

tos comunales, se intentaba configurarlos como derechos en cosa ajena, a ser posible como servidumbres romanas (EICHHORN) (46) o como precarios (TUDICUM), al objeto de facilitar la posibilidad de que el propietario limitase sus beneficios. En todo caso se consideraban como derechos de los individuos o de lugares particulares, eliminándose toda referencia a los derechos comunales de tipo corporativo.

B) USURPACIÓN POR LOS MUNICIPIOS: TRANSFORMACIÓN EN PROPIOS

El tema de la transformación del *Bürgervermögen* en *Kämmereivermögen* ya fue aludido en el *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794 (47). En todo caso para la validez de la transformación era preciso, además del acuerdo municipal, la aprobación del Consejo regional *(Bezirksausschuss)*. Una jurisprudencia muy posterior *(Oberverwaltungsgericht* en 24.5.1893) tiene declarado que esta transformación sólo es posible cuando los derechos de goce de los vecinos se basan en su calidad de tales y no en *jura quaesita* adquiridos a título privado, puesto que esto supondría una expropiación. La transformación podía hacerse *expresis verbis* o *impliciter*, por ejemplo, disponiendo que el producto de los aprovechamientos se destinase a las Cajas municipales (48).

La Ordenanza comunal alemana de 30.1.1935 admitía la transformación del *Gemeindegliedervermögen* en libre *Gemeindevermögen* (art. 55), pero prohibía terminantemente el caso contrario (art. 65).

C) VENTAS

En general ha sido muy poco utilizado este sistema en Alemania como medio de liquidación de bienes comunales. No obstante hay algunos ejemplos legales, si bien de rango inferior: Así en el General-Decret des Ober-Landers-Oekonomie-Collegium de 4.11.1808 de Württemberg sobre cultivo y repartición de las Allmende, que admite las ventas a título excepcional en su artículo 7.

---

(46) Cfr. también MAURER, *Markenverfassung...*, cit., págs. 434-435.

(47) Cfr. arts. 23-31 y 34 del cap. VI, del tít. II.

(48) Cfr. LEDERMAN-BRUEHL, *Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der preussischen Monarchie vom* 30.5.1853, 1913, págs. 201-202.

Las ventas sólo son admisibles, o bien en pequeñas parcelas particularmente interesantes a los colindantes o bien en grandes parcelas con autorización superior, cuando dicha enajenación represente grandes ventajas a la *Gemeinde.*

Y con las mismas prevenciones de excepcionalidad de los bienes comunales, ya hemos tenido ocasión de hacer referencia a diversos preceptos que autorizan las enajenaciones, aunque con aprobación de la superioridad; pero dado el poco interés jurídico de estos preceptos en particular, en razón a su uniformismo, no interesa repetir aquí su cita.

D) Repartición entre los vecinos

Si fue el siglo XV la época más propicia para las usurpaciones señoriales, el siglo XVIII fue el momento en que empezaron a favorecerse las reparticiones entre los usuarios de bienes comunales, que anteriormente habían tenido un carácter rigurosamente excepcional (49). Las causas fueron una renovación de las técnicas agrícolas, pero sobre todo una renovación de la mentalidad político-filosófica enaltecedora del individuo. La literatura económica de la época es unánime en Alemania, como en el resto del mundo, en considerar perjudical el estado de comunidad (50).

---

(49) Algunos casos son conocidos incluso en la Edad Media. Cfr. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht,* cit., II, pág. 180.

(50) La doctrina de las reparticiones encuentra defensores dentro de la Policía, primero en JUSTI, *Grundfesten der Polizeiwissenschaft,* 1760, I, § 191, y bajo su influencia, WÖLLNER,*Aufhebung der Gemeinheiten in der Mark Brandenburg, nach ihren grossen Vortheilen ökonomisch betrachtet,* 1766, y el anónimo de la misma fecha: *Gemeinnützungen Anmerkungen über vorstehenden Traktat,* y FRANK, *System der landwirthschaftlichen Polizey mit besonderer Hinsicht auf Teutschland,* 1791, II, 2, cap. 3. Para esta escuela —que se corona en la obra de THAER y que conoce a fondo la teoría y la práctica inglesa— el principio de repartición es indiscutible desde el punto de vista de la economía agraria; la dificultad del análisis se centra en la determinación del método más adecuado para proceder a los repartos. Posteriormente, a mediados del siglo XIX (y cuando ya el mal era irreparable) tuvo lugar una reacción de signo contrario. Von LIST *(Die Ackerverfassung, die Zwergwirthschaft und die Auswanderung,* 1842) y sobre todo KNAUS *(Die politische Landgemeinde als Grundeigenthümerin,* 1844) pusieron de relieve los peligros de un sistema de reparticiones a ultranza, puesto que la desaparición del patrimonio comunal produce a la larga un desequilibrio económico y, más aún, social, que no es compensado con el simple aumento de la producción agrícola. (Cfr. Lorenz v. STEIN, *Verwaltungslehre,* VII, 1866/1962, páginas 280 y sigs.).

Sobre esta base económica y filosófica no tardaría la ciencia del derecho en ofrecer una técnica jurídica adecuada.

Para el derecho tradicional, estas particiones eran imposibles, y hubieran constituido una auténtica usurpación, desde el momento en que sus titulares no eran propietarios de la cosa común. De aquí que hubiera que proceder a una previa transformación de los conceptos jurídicos básicos.

Como ha observado GIERKE (51), el Derecho romano facilitó aquí el instrumento con su aguda distinción entre derechos públicos y privados, con su concepción abstracta de la propiedad y con su tesis de la unidad jurídica imanente de la corporación como una *persona imaginaria* completamente separada de sus miembros. En lugar de comprender que la propiedad colectiva había integrado en un instituto el derecho de la unidad y el derecho de la pluralidad y que era un producto propio del derecho alemán, se dio carácter esencial a elementos que eran sólo accidentales y se intentó, primero, aislar el concepto de una propiedad colectiva pública, por un lado, y por otro el de una suma de derechos privados de los vecinos, y segundo, aplicar a todas las comunidades tópicos jurídicos elaborados con materias del derecho romano (52). La consecuencia fue que llegó a distinguirse entre un patrimonio comunal en sentido propio *(patrimonium universitatis, Ortsvermögen, Kämmereivermögen)* y un patrimonio destinado a los fines económicos de los socios individuales *(res universitatis in specie, Bürgergut, Genossengut, Allmendgut)*.

El primero se configura como una propiedad perteneciente a una persona jurídica distinta, y aun opuesta a los ciudadanos, por lo que debía incluso ir a parar al Fisco en caso de disolución del Concejo. La naturaleza del patrimonio segundo tiene, por el contrario, un difícil encaje en los sistemas de tipo romano, que a veces lo consideraban como una simple copropiedad de usuarios (PUFFENDORF, CRAMER y tal como aparece también en algunas leyes), y a veces atribuían la propiedad al Concejo, y a los vecinos algunos derechos reales privados sobre cosa ajena, o como servidumbres romanas (GIESEBERT, GLANDLITZ) o como precario (CRPZOVIO) o incluso como derechos reales especiales (BOEMER y muchos años más tarde RENAUD). Una interpretación mucho más moderna prefiere hablar de aprovechamientos cívicos *(Bürgerlichen Nutzungen)*, es decir, simples reflejos

(51) *Das Genossenschaftsrecht...*, cit., I, págs. 663-665.

(52) En el siglo XIX —y antes que GIERKE— relacionan ya la propiedad colectiva con la antigua marca, los grandes historiadores del Derecho de la época romántica: EICHHORN, GRIMM, BESELER, MAURER, etc.

de los derechos políticos de los ciudadanos, con lo cual se niega la existencia de derechos individuales sobre el terreno comunal y se considera a la propiedad colectiva simplemente como una propiedad pública del Municipio en cuanto persona jurídica (THIBAUT, MAURENBRECHER y también aparece así en algunas leyes). En cualquier caso, todos coinciden en un punto: desgarrando conceptualmente la propiedad colectiva contribuían a su disolución, al posibilitar su repartición mediante el acuerdo de los interesados.

Pasando ahora a examinar las realizaciones, fue Federico el Grande quien llevó a cabo en Alemania la primera gran política de repartimientos. Convencido por razones económicas de que las Allmende constituían un obstáculo para la agricultura, puesto que no podían ser explotadas ni racional ni intensamente, procedió con tal impulso a liquidar comunidades y a repartir sus bienes entre sus miembros, que al final de su reinado, antes por tanto de iniciarse la gran reforma prusiana del siglo XIX, ya se había repartido un millón de hectáreas (53).

En el terreno legislativo (54) es de destacar la ordenanza prusiana para los territorios de Silesia de 1771 —que ordena una partición de oficio "y sin pérdida de tiempo"— y la Ordenanza general prusiana de 1821 —*Gesetz über die Gemeinheitsteilungen de 7.6. 1821*—, que dispone la disolución de las comunidades para bien de los cultivos agrícolas, aclarándose que "sin necesidad de prueba se supone que cualquier disolución de comunidad es adecuada para el mejoramiento de los cultivos y debe ser puesta en ejecución". La misión de repartir fue encomendada a las *Generalkommissionen*, existentes ya pero con el fin de liquidar las antiguas cargas rurales, y que de este modo se convirtieron en los órganos más importantes de la Administración agraria prusiana. Para el cumplimiento de sus fines adquirieron competencias judiciales y sus decisiones tenían fuerza de cosa juzgada. Su difícil trabajo se prolongó durante varios de-

---

(53) Cfr. E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, tomo I, 1957, pág. 197.

(54) A título informativo puede reproducirse aquí la larga enumeración que aparece en la nota 35 de la página 598 del *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895-1936, de GIERKE: Fulda, Decreto de 1772; Kurhessen, Ley de 24.10.1834; Wiesbaden, Ley de 5.4.1869; Hannover, Ley de 30.6.1842 y 8.11.1856; Osnabrück, Ordenanza de 25.6.1822; Provincias renanas, Ordenanza de 19.5.1851; Hessen, Ley de 7.9.1814 y Reglamento de 30.6.1821; Sajonia, Ley de 17.3.1832; Gotha, Ley de 2.1.1832; Oldenburg, Ley de 16.12.1866 y 20.4.1873; Bremen, Ley de 31.5.1873; Baden, Ordenanza de 31.12.1831; Baviera, Reglamento de 19.4.1869. El resultado fue la completa liquidación de estos bienes en el norte de Alemania.



cenios: en 1848 habían pasado de esta manera a propiedad individual veinte millones de hectáreas.

Por su significación paradigmática en toda Alemania, transcribimos a continuación los artículos más importantes de la Ordenanza de 1821:

Art. 1.: Los aprovechamientos de predios rústicos, que hasta ahora vengan realizando comunalmente varios habitantes de una ciudad, deben cesar, en cuanto sea posible, en bien general de la economía rural o, en caso de que hayan de continuar, deberá serlo de la manera menos perjudicial posible.

Art. 4.: La repartición sólo tendrá lugar a petición de uno o varios participantes.

Art. 17.: Cuando se trate de parcelas cuya propiedad pertenezca a una ciudad o aldea, pero cuyos aprovechamientos correspondan individualmente a los vecinos, cualquiera de ellos que tenga derecho a tales aprovechamientos puede pedir la partición por lo que corresponda a las parcelas de su propiedad.

Art. 20.: La solicitud de repartición puede referirse a todos los aprovechamientos comunales o solamente a alguno de ellos. De esta manera pueden disolverse comunidades de cultivos y prados y mantenerse las de pastos en todo y en parte.

Art. 21.: Cuando varios peticionarios deseen permanecer en comunidad entre sí, pueden exigir su separación del resto de las participantes.

Art. 22.: En todo caso, sólo habrá lugar a la repartición, cuando así se fomente y mejore la economía rural.

Art. 23.: Se entiende, sin necesidad de prueba, que todas las reparticiones tienen lugar en beneficio de la economía. Sólo se admitirá prueba en contrario en los casos en que se alegue que con la repartición surja un peligro de daños producidos por las fuerzas naturales, que antes se soportaban colectivamente, y que ahora pueden recaer sobre individuos aislados. La prueba corresponderá al que haga la alegación.

Art. 27.: Los contratos y declaraciones de evitación de repartición, hechos en razón de los cultivos, sólo son válidos durante el tiempo que duren dos rotaciones de cultivos, en otro caso vinculan hasta diez años. Pasado este tiempo, cualquiera puede hacer efectivo su derecho a pedir la repartición.

Art. 56.: Las disoluciones de comunidades se llevarán a cabo de tal manera que todos los participantes han de ser indemnizados proporcionalmente a sus derechos.

Art. 60.: Las indemnizaciones pueden consistir en tierras, rentas, capitales o productos naturales.

En 26.7.1847 apareció una *Deklaration*, que venía a desarrollar parcialmente la Ordenanza de 1821 con un criterio marcadamente restrictivo. En su artículo 1.º se determinaba que: "El patrimonio afectado al sostenimiento de los gastos y cargas de las corporaciones ciudadanas y rurales no puede nunca transformarse mediante una repartición, en patrimonio privado de sus miembros".

Tampoco puede convertirse, mediante una repartición, en patrimonio privado de los vecinos o de los socios la parte del patrimonio municipal cuyo aprovechamiento corresponde a los individuos particulares en virtud de su calidad de vecinos o miembros de la Corporación. Esto es de aplicación incluso cuando el derecho de aprovechamiento no esté condicionado a su calidad de miembro o vecino, sino a la propiedad de otras fincas o especiales circunstancias personales.

La "Ordenanza ciudadana para las seis provincias occidentales de la Monarquía prusiana" de 30 de mayo de 1853, que había de estar en vigor hasta bien entrado el siglo XX, no se preocupa directamente de este problema, que evidentemente había perdido ya importancia, una vez que prácticamente habían sido liquidados los bienes comunales existentes. El párrafo 2 de su artículo 49 deja abierta, sin embargo, aunque con condiciones, la posibilidad de nuevos repartimientos:

Respecto del patrimonio que no pertenece a la Corporación en su unidad, sólo puede disponer la Asamblea municipal en cuanto se apoye en la voluntad de los participantes o en otros títulos jurídicos (55).

Como últimas muestras de este tendencia legislativa son de citar la *Gesetz betr. die Ausdehnung der Grudstücken, welche einer gemeinschaftlichen Benutzung nicht unterliegen* de 2 de abril de 1872 y la muy reciente de 28 de noviembre de 1961 *über die Gemeinheitsteilung und Reallastenablösung* (56).

(55) *Apud* LEDERMAN-BRUEHL, *Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der preussischen Monarchie vom 30.5.1853*, 1913.

(56) *Apud* W. MATTHES, *Deutsches Bodenrecht*, 1962, pág. 99.

Las primeras reparticiones se impulsaron por el propio legislador con un celo extraordinario y de oficio (57); pero posteriormente el supuesto ordinario fue que, correspondiendo la decisión a los órganos de la Administración, fuesen los interesados, quienes lo solicitasen, surgiendo así el problema —resuelto de muy diversa manera por la legislación y por la doctrina— del número de vecinos que fuese preciso para provocar la repartición y, en los casos extremos, si bastaba con una sola petición o si era necesaria la unanimidad (58).

Desde que se planteó la cuestión a mediados del siglo XVIII, nunca acertaron los autores de Derecho público a encontrar una fórmula que resolviese satisfactoriamente el conflicto entre el interés colectivo (por definición dirigido a los repartos según la concepción fisiocrático-policial) y los derechos individuales a resistirse a la parcelación. Los autores del siglo XVIII adoptaron una solución jurídicamente contradictoria, pero de indudable utilidad práctica: los derechos individuales son superiores a los intereses colectivos, pero deben ceder ante el interés del Estado, si éste entra en juego. De esta manera se respetaban, en principio, los derechos de los campesinos refractarios a la parcelación; pero se posibilitaba la intervención administrativa en los casos graves (58 bis). La consecuencia fue que —como acaba de indicarse— los problemas no surgieran en realidad en torno a la oportunidad de una intervención administrativa frente a la voluntad de los vecinos, sino en el momento de determinar ésta, es decir, de interpretar su carácter positivo o negativo. En este punto, eran varias las soluciones posibles:

a) Si se aceptaba la teoría de la copropiedad, era lógico que bastase una simple petición para proceder a la liquidación de la misma, conforme a la teoría clásica de la *actio communi dividundo* (59).

---

(57) "De oficio y sin pérdida de tiempo", ordena la Patente austríaca de 1768 y el Reglamento para Silesia de 1771. Durante buena parte del reinado de Federico II debían los funcionarios enviar partes trimestrales dando cuenta de las reparticiones operadas en su distrito; para facilitar las cuales contaban los pueblos con la cooperación técnica gratuita de los ingenieros reales y una garantía de que con tal motivo no tendría lugar un aumento de impuestos.

(58) Cfr. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht...*, cit., I, págs. 598 y sigs. EICHHORN y algunos germanistas exigían, por excepción, la unanimidad, pero no fueron seguidos por ninguna ley, por obvias razones prácticas.

(58 bis) V. STEIN, *Verwaltungslehre*, cit., pág. 283.

(59) Ordinariamente sólo se aceptaba el derecho del disidente a separarse de la comunidad. No obstante, en Prusia y en Sajonia se aplicó rigurosamente el principio indicado en el texto, considerado como el más eficaz para impulsar las reparticiones masivas.

b) Si se aceptaba la teoría de la propiedad corporativa, era suficiente y necesaria la mayoría de los interesados (60). Pero aquí las divergencias surgían en el modo de computar estos intereses. En unos casos se hacía por cabezas (61), en otros por propiedades (62) y, en otros, en fin, con un criterio mixto (63).

Habiendo unanimidad en que la repartición había de consistir en la adjudicación de los lotes resultantes (64), el nudo de la cuestión estriba en señalar la cuantía y proporción de estos lotes. El principio fundamental es el de la correspondencia con los derechos a los aprovechamientos que viniesen ejercitándose. Caso de no estar éstos determinados, la legislación aplicó, según los lugares, diferentes criterios: o bien por cabezas en porciones iguales (65), o bien según la cuantía de los ganados (66), o bien según la extensión de las parcelas cultivadas (67) o bien, por último, según los impuestos locales (68).

En estas reparticiones podían entrar también los terceros, que ostentasen algún derecho sobre la Allmende, que de algún modo debían ser indemnizados (69), e incluso el Municipio, cuando viniera realizando aprovechamientos con objetivos comunales (70).

---

(60) Parece ser que ésta fue la tesis más generalizada en los textos legales.

(61) Hessen.

(62) Oldenburg.

(63) Baviera: por cabezas y por tributación inmobiliaria.

(64) Excepcionalmente podían entregarse también un capital o una renta (Prusia, Kurhessen, Wiesbaden, Schleswig-Holstein).

(65) Baden, Nassau. Y en la doctrina, THIBAUT y MITTERMEIER.

(66) Prusia: la media de los diez últimos años. En el sur de Alemania, ordinariamente según el ganado mantenido en invierno.

(67) Austria.

(68) Schleswig-Holstein.

(69) Los ejemplos más característicos, y ordinariamente tenidos en cuenta por el legislador, son la Iglesia y la Escuela.

(70) Y que conforme a la legislación bávara se compensaban con una renta a favor de las arcas municipales.

IV. INGLATERRA

1. La existencia de bienes comunales o, mejor aún, de una amplia organización de tipo comunal en las islas británicas, que se remonta a los primeros siglos de la historia, ha sido demostrada y descrita por los autores ingleses de la segunda mitad del siglo XIX, MAINE (71), SEEBOHM (72), GOMME (73), SLATERN (74), sugestionados —al igual que sus colegas del continente— por una civilización desconocedora de la propiedad individual, y en cuyo estudio cometieron no pocos errores —hoy puestos al descubierto por una crítica mejor dotada instrumentalmente y con menos prejuicios metodológicos—, pero cuyas lineas generales aun siguen en pie (75).

Según ésto, la tierra era poseída y cultivada en común por la familia, repartiéndose periódicamente cada cinco generaciones. En los siglos posteriores de la época celta han podido identificarse reparticiones menos espaciadas: cada individuo de una generación recibía la misma extensión de terreno, que, a su muerte, se repartía entre sus hijos; pero cuando desaparecía el último superviviente de una generación, se volvía a proceder a un nuevo reparto. Sin que falten tampoco muestras de sorteos periódicos, no ya por generaciones, sino en plazos mucho más breves: tres o siete años.

El sistema de cultivos era diferente según se tratase de pueblos de valle o de montaña; pero ambos tenían de común, fundamentalmente, una pequeña zona cultivada en torno al caserío,y otra más amplia y desierta dedicada al pastoreo.

---

(71) *Ancient Law*, 1861. Obra extraordinaria, en muchos aspectos precursora de las leyes luego tan popularizadas de FUSTEL DE COULANGES y LAVELEYE, y redactada, al paracer, con desconocimiento de los estudios de tipo similar realizados anteriormente en Alemania. El mismo autor publicó en 1871, *Village Communities in the East and West*, donde acertó a descubrir la organización colectiva primitiva de la India, que luego habría de ser uno de los temas favoritos de la literatura histórica inglesa.

(72) *The English Village Community*, 1883.

(73) *The Village Community*, 1890. Obra no referida exclusivamente a Inglaterra.

(74) *The English Peasantry and the Enclosure of Common Fields*, 1907. escrita ya con un espíritu crítico muy diferente.

2. La organización rural inglesa experimenta una radical transformación con la conquista normanda, que en este punto aniquiló los sistemas célticos y germánicos. A partir de la conquista, introducido un riguroso sistema feudal, el Monarca se convirtió en último propietario de todo el territorio, en el que se comprendían naturalmente los campos comunales. Ahora bien, prescindiendo de las parcelas cuyo dominio efectivo se reservaba el soberano (ordinariamente los bosques), es lo cierto que surgen grandes latifundistas *(Lords)*, que poseen fundos en nombre del rey, y como representantes suyos *(tenant in capite)*. De esta manera, los campos comunes se configuran jurídicamente como una propiedad del Rey (prácticamente del Lord) (76), sobre la que los campesinos ejercen determinados usos y derechos. Por lo demás, parece ser que esta situación no dio lugar a roces peligrosos entre el Lord y los campesinos libres *(freeholders)*, desde el el momento en que durante muchos siglos la escasez de la población no podía agotar las posibilidades que ofrecían los campos comunes, sin que uno y otros, por tanto, llegaran a perjudicar sus intereses recíprocos (77) (78).

3. La situación volvió a cambiar radicalmente en el reinado de Carlos II con el célebre *Status* 12, cap. II, 24, por el que se reconoció la plena propiedad a los antiguos poseedores. El problema fue, a partir de entonces, determinar quién había de ser el beneficiario de esta transformación jurídica. Por que si bien es cierto que en rigor la *tenancy* de los campos comunales correspondía exclusivamente al Lord (y ésta era en efecto la situación cuando se trata de los *copyholders* —pequeños propietarios titulares de simples servidumbres— y de los *leaseholders* —arrendatarios que de ellas se beneficiaban—, también es verdad que en muchos casos los campesinos libres habían ido logrando con el transcurso del tiempo consolidar una coposesión con el señor, que ahora les legitimaba para invocar una copropiedad en virtud del mismo estatuto de Carlos II. Así las cosas, era muy fá-

(75) Cfr. los trabajos, ya decididamente modernos, de VINOGRADOFF, P., *Outlines of Historical Jurisprudencia*, 2 vols., 1920-1922, y recientemente, H. J. E. PEAKL, *Village Community*, en "Encyclopaedia of the Social Sciences", 1954, XV, pág. 253.

(76) *The waste of the Lord* les denomina sin reservas BLACKSTONE.

(77) BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, 1825, II, cap. 3.

(78) Una descripción del sistema comunal de cultivo puede verse en R. KÖTZSCHKE, *Manorial System*, en "Encyclopaedia of the Social Sciences", X, 1954, págs. 94 y sigs.

cil distinguir jurídicamente todas estas situaciones; pero la realidad era, sin embargo, tan confusa que los pleitos se acumulaban en un grado tal, que la justicia del país fue literalmente desbordada, y en una gran parte ni el señor ni los campesinos pudieron determinar claramente sus derechos, lo que a la larga produjo un grave absentismo en las zonas discutidas, que en el siglo XVIII se calculaba en ocho millones de acres (79).

4. El aumento de población experimentado en el siglo XIX, junto con la enorme rentabilidad de las explotaciones agrícolas —que la rigurosa política arancelaria de los terratenientes en el poder se encargaba de asegurar— aceleraron en esta época la tendencia a la parcelación. Y decimos "aceleraron" porque en cualquier momento de la historia inglesa pueden encontrarse pruebas de parcelaciones o, más ampliamente, de individualizaciones de bienes comunales.

Según H. HEATON (80) pueden señalarse cuatro clases distintas de individualizaciones de bienes comunales: a) Cercado de desiertos y pantanos improductivos, sobre los que nadie prácticamente había alegado nunca un derecho. b) Cercado de prados comunes con consentimiento del señor, y bajo ciertas condiciones. c) Cercado de campos cultivables determinados. d) Repartición sistemática y completa de todo un término municipal.

Desde otro punto de vista, ateniéndonos al sujeto que realizaba la individualización, evisten casos —y bien antiguos (81)— de parcelaciones realizadas de común acuerdo por todos los campesinos; pero lo corriente fue que esta operación —más o menos legítima— fuera realizada por los señores. Enrique III permitió a éstos que acotaran la parte de los terrenos comunes no indispensables al servicio a que tuvieran derecho sus vasallos; y Eduardo I amplió este derecho a los terrenos que sólo eran comunes por prescripción o costumbres, pero siempre salvo "el derecho estricto de los vasallos" (82). Varios siglos más tarde, la introducción del Derecho romano —en su versión anticomunalista más aguda— favorecería notablemente este proceso.

De esta manera, al finalizazr el siglo XVII, la mitad aproximadamente de los pueblos ingleses habían perdido sus bienes comuna-

---

(79) THAER, *Englische Landwirtschaft*, 1800, II, pág. 355, *Apud* v. STEIN, *Verwaltungslehre*, cit., VII, pág. 267.

(80) *Enclosures*, en "Encyclopaedia...", cit., V, 1954, págs. 523-524.

(81) Algunos ejemplos en el siglo XIII pueden verse en HEATON, obra cit., pág. 524.

(82) ALTAMIRA, *Historia de la propiedad comunal, cit.*, pág. 238.

les (83); pero en esta fecha se produjo una nueva revitalización del proceso reparcelador, provocada tanto por las circunstancias políticas (afirmación en el poder de la clase latifundista) como por el ejemplo escocés. Las estadísticas hablan de 2.000 acres parcelados en el reinado de Ana, 20.000 en el de Jorge I, 300.000 en el de Jorge II, y 3.000.000 en el de Jorge III. Proceso que —como ya se ha indicado— se acelera aún más en el siglo XIX, y en 1843 ya hay reducidos así a propiedad privada ocho millones de acres.

5. En este punto la *Enclosure Act de 1845* supuso el golpe definitivo que había de producir la extinción casi total de los bienes comunales en Inglaterra, ya que esta ley no solo se refería a los terrenos de pastos, sino a cualquiera de naturaleza comunal y también a las servidumbres y derechos de este género. Conforme a ella, el terreno se repartía entre los legitimados, pero se admitían compensaciones en metálico, cuando se tratase de pequeñas porciones. El procedimiento se encomendó a una *Enclosure Commission*, que iniciaba sus actuaciones, en cada caso, a petición de un tercio de los interesados, y en cuyo nombre actuaban doce *Special Commissioners*. Los acuerdos definitivos, una vez aprobados por la Asamblea general de vecinos y por el Lord, eran enviados al Parlamento, quien los confirmaba con un *Public Act*.

Los únicos bienes comunales que han escapado con carácter general a estas parcelaciones son los dedicados por las ciudades al esparcimiento de sus vecinos (*Towns and Village Greens* y similares).

6. En la actualidad los últimos bienes comunales se encuentran regulados por la *Commons Act* de 1899 y la *Property Act* de 1925. De acuerdo con esta última el público tiene un derecho legalmente reconocido a entrar en ellos para tomar el aire o hacer ejercicio si es que se trata de distritos urbanos; pero no para acampar, encender fuego y ni siquiera para manejar vehículos. Esta generalización de beneficiarios hace que la comunalidad en sentido estricto haya desaparecido por completo en estas fincas; lo que no sucede en los distritos rurales, de cuyos bienes comunales no puede beneficiarse el público en general, sino solamente los vecinos. Y, además, en estos casos, puesto que se trata de terrenos rústicos, los derechos son mucho más am-

(83) En este punto ofrece Escocia una legislación de notable precocidad. En 1665 se dictó una ley de reparticiones, que las autorizaba a petición de los interesados, encomendando su ejecución a comisiones especiales, que procedían a ellas de acuerdo con la extensión de la propiedad de cada uno de los vecinos. El éxito de esta ley fue completo, puesto que a fines del siglo XVIII habían desaparecido ya por completo en este país los bienes comunales (Cfr. v. STEIN, *Verwaltungslehre*, cit., VII, pág. 267.

plios que los de simple esparcimiento, comprendiéndose también los de soltar ganado, aprovechar turba, segar helechos, etc.

En estas condiciones es claro que el propietario de los bienes gravados con estas servidumbres generales (las cuales, por cierto, dan al bien la naturaleza de comunal: *common*) no puede construir en ellos ni siquiera vallarlos si no cuenta con una autorización especial, y el Consejo del Distrito está obligado a velar por que se cumplan estas disposiciones.

El acotamiento puede tener lugar de dos maneras: La primera consiste en un expediente, tramitado conforme a la *Commons Act* de 1876, por el Ministerio de Agricultura, y en el que se determinarán las indemnizaciones que corresponden a los beneficiarios, así como los espacios que deben conservarse para jardines públicos. El segundo procedimiento es mucho más sencillo y, tal como regula la *Commons Act* de 1899, consiste en un simple plan acordado por el Consejo del Distrito, que sometido a información pública durante el plazo de tres meses, si no encuentra oposición, es aprobado por el Ministerio de Agricultura. Pero si los interesados hacen objeciones fundadas, debe acudirse al procedimiento anteriormente señalado.

Es de advertir, por último, que la Ley de 1899 prevee y fomenta la adquisición por la Administración local de los bienes comunales de propiedad privada (84).

V. AMERICA

Especial, aunque breve, referencia merece el destino de los bienes comunales de origen anterior a la colonización, concretamente los restos del antiguo sistema incaico, al que se ha aludido en el capítulo primero, y que durante la dominación española se conservaron en grandes zonas en íntima relación con el régimen de encomiendas.

El espíritu liberal de la independencia había de serles, sin embargo, extremadamente contrario, y en Perú ya en 1824 se ordenó legalmente la repartición de estos terrenos, sin que prosperase la tesis de BOLÍVAR de imponer una prohibición de enajenar durante un cierto tiempo. En todo caso, las circunstancias económicas y sociales se demostraron aquí, una vez más, más fuertes que las leyes

(84) C. J. F. ATKINSON, *Handbook of Local Government Law*. 1933, págs. 85 y sigs.

y en las regiones en que la población india es la dominante, se han mantenido hasta la actualidad buena parte de estas comunidades agrarias, que empezaron a encontrar protección judicial desde el siglo XIX y a las que la Constitución de 1920 llegó a justificar en cierta manera.

La posterior Constitución de 1933 se ha ocupado de ellas con cierto detalle reconociéndolas como personas jurídicas con capacidad plena (art. 207), declarando sus propiedades imprescriptibles, inalienables e inembargables (art. 209), y haciendo depender de una expropiación regular e indemnizatoria su privatización (art. 211).

El régimen boliviano, por el contrario, fue en principio muy tolerante con estas comunidades, hasta que en 1868 el caudillo MELGAREJO declaró sus terrenos de propiedad estatal, sacándoles a pública subasta; lo que provocó una protesta popular, que fue sangrientamente reprimida. Anuladas estas ventas por los gobiernos posteriores, en 1880 se pretendió seguir un nuevo camino; pero habiéndose provocado así una nueva revuelta, se decidió desde entonces dejar las cosas como estaban.

En todo caso, como es lógico, al cabo de los siglos han terminado perdiendo estas comunidades su primitivo régimen incaico. Las reparticiones periódicas han desaparecido casi prácticamente, y si los indios insisten tan tenazmente en la conservación de este régimen, se debe fundamentalmente a la autonomía e independencia que el mismo les garantiza frente al blanco (85).

En Méjico, las instituciones comunitarias propias de la época indiana y de la colonial, estuvieron siempre amenazadas por la codicia latifundista y, en el curso de un largo proceso, fueron poco a poco absorbidas por las grandes propiedades, en forma tal que en 1910, año en que estalló la Revolución, habían desaparecido la mayoría de las propiedades de los pueblos y prevalecía un latifundismo muy acentuado. Los campesinos, desesperados y hambrientos, tomaron las armas y llevaron al triunfo este movimiento revolucionario, cuando simultáneamente una definición concreta de sus aspirraciones, que fue recogida en la Constitución de 1917. Surgió luego de inmediato el concepto reivindicador de las tierras que habían sido

(85) Louis BAUDIN, *Der sozialistische Staat der Inka*, 1956, páginas 37 y 38, el cual, a su vez, hace aquí referencia a una obra de Julio DELGADO titulada *Organización rural en la tierra*, Lima, 1930. Sobre la situación actual de los bienes comunales en América, cfr. ALBI, *Derecho municipal comparado del mundo hispánico*, 1955, esp., págs. 542 y sigs.

arrebatadas a los campesinos, que se reflejó no sólo en un mandamiento legal de restitución de despojos, sino en la dotación de bienes a los pueblos que nunca les habían poseído o que no pudieron probar jurídicamente el despojo de que habían sido víctimas (86).

De esta manera las instituciones comunales han encontrado en Méjico en los últimos decenios un inusitado esplendor; fenómeno sobre el que insistiremos en el capítulo siguiente. No obstante, sería aventurado identificar, sin más, los actuales ejidos con los ejidos tradicionales. A nuestro modo de ver, aquí cubre una misma palabra significados muy diferentes. El ejido tradicional ha muerto y el ejido moderno, que le ha sustituído, está orientado por principios jurídicos y sociales muy diferentes.

VI. ESPAÑA: SIGLO XVIII

En España, como ya se ha visto, hasta mediados del siglo XVIII la intervención real en materia de comunales (y baldíos, como a partir de entonces acostumbraría a decirse, aproximándose la significación de ambos términos) se había reducido a un despojo periódico provocado por las necesidades de la Hacienda, al que sucedía indefectiblemente una violenta reclamación por parte de los Propios y Comunes. Los cuales —no sin muchas dificultades y gastos— lograban alcanzar al cabo de los años un completo reconocimiento de sus derechos en las Cortes y Tribunales, lo que suponía para el Monarca la obligación de devolver lo usurpado. Ahora bien, como de ordinario no estaba dispuesto el Fisco a devolver el precio de las enajenaciones ya consumadas, era forzoso reconocerlas y legitimarlas, resolviéndose prácticamente la cuetión con una solemne promesa real de no volver a disponer de los bienes de los Comunes. Promesa que, por descontado, era olvidada en cuanto la Hacienda real volvía a encontrarse en apuros. Recuérdese aquí cuanto se ha dicho ya sobre esta materia al tratar de los baldíos y, sobre todo,

(86) *XI Conferencia internacional de economistas agrícolas.* Cuernavaca, 1961, pág. 19.

en el capítulo dedicado a la legitimación y usurpación de los bienes comunales.

1. Pero la política de CARLOS III es en este punto completamente distinta de la de sus antecesores. Su intervención en los baldíos no se guía por móviles de robustecimiento de la Hacienda real, sino que constituye un intento de saneamiento de las Haciendas locales, en un sentido claramente paternalista y tutelar.

La realidad era que, sin perjuicio de su incuestionable derecho a la administración de los baldíos, los pueblos la realizaban de una manera deficiente y, con frecuencia, corrompida. O estaban abandonados o se aprovechaban de una manera desordenada, que no producía ningún beneficio a las arcas municipales (87), con la natural consecuencia de que los gastos locales, siempre en aumento, tenían que irse cubriendo ya que no con las rentas de los baldíos, con impuestos sobre el vecindario, lo que ocasionaba un gran malestar, al ver que se desatendían las otras fuentes de ingresos.

Para resolver esta situación, es decir, para defender los intereses de las Haciendas municipales y, en último extremo, aliviar la presión tributaria de los vecinos, ordenó Carlos III la intervención administrativa de los baldíos, al objeto de cortar los abusos locales. A tal efecto dictó en San Ildefonso el 30 de julio de 1760 un Real Decreto por el que se colocaba el ramo de propios bajo la alta dirección del Consejo de Castilla, y creaba la "Contaduría general de propios y arbitrios" (88):

> "He resuelto que los Propios y Arbitrios, que gozan y poseen todos y cada uno de los pueblos de estos mis Reynos, corran baxo la dirección de mi Consejo de Castilla, a quien hago el más particular encargo de que tome conocimiento de los mismos Propios y Arbitrios, sus valores y cargas, para que, reglado a la instrucción que se acompaña (es la ley siguiente), los

---

(87) Téngase presente que entonces aún no había surgido la diferenciación, típicamente desamortizadora, entre bienes comunales y bienes de propios en razón a su productivilidad fiscal.

(88) Nov. Rec., Ley 12, tít. 16, lib. 7.

dirija, gobierne y administre, y tome las cuentas de ellos anualmente, para que, constando su legítimo producto, se vea igualmente, que la inversión ha sido en los fines de su destino, sin extraviarlos a otros que no le son correspondientes. Y para que pueda desempeñar esta grave confianza como corresponde a mi Real servicio y al bien de mis vasallos, he venido en crear en la Corte una Contaduría general con título de Propios y Arbitrios del Reyno, para que por ella se lleve la cuenta y razón de ellos, conforme también a la misma instrucción".

A este Decreto se acompañaban unas minuciosas instrucciones, en que se reglamentaba la nueva forma de administración (89).

El nuevo régimen, sin embargo, dio, pronto lugar a nuevas enajenaciones de bienes municipales, o de sus aprovechamientos, como consecuencia de la clarísima intención del monarca de que desapareciesen en lo posible los impuestos locales sobre el vecindario. Los gastos municipales debían ser, en lo posible, cubiertos con los productos de sus bienes. El paso siguiente fue autorizar la venta de algunas parcelas, en el caso en que los productos no fueran suficientes para cubrir los gastos. Lo cual, bien es verdad, no resolvía más que temporalmente el problema del déficit y en el fondo lo agravaba, pero al menos podía hacerse frente a los gastos extraordinarios sin necesidad de acudir al impuesto. La técnica jurídico-fiscal manejada en estas circunstancias fue el arbitrio (90).

Por aquellos años se inició también una serie de Decretos, cuya significación parecer ser muy distinta, ya que no siempre eran provocados por razones fiscales. Entre ellos pueden citarse la Provisión de 23.11.1761, a consecuencia de autos proveidos por el Consejo en 20 de abril, sobre el modo de subastar las dehesas y pastos de los pueblos, y derechos de sus vecinos ganaderos en común y particular. La cual se rei-

(89) Nov. Rec., Ley 13, tít. 16, lib. 7.
(90) Cfr. Auto de Consejo de 9.10.1761. Nov. Rec., Ley 14, tít. 16, lib. 7.

teró por Decreto del Consejo de 4 de junio y Circular de 7 de junio de 1765. El 2 de mayo de 1766 fue dictada provisión sobre repartimiento de tierras baldías y concejiles labrantías en la provincia de Extremadura, que se reiteró en otra de 12 de junio del año siguiente. El 3 de noviembre de 1767 se proveyó sobre repartimiento de yerbas y bellotas de los propios y arbitrios de dicha provincia. Y el 29 de noviembre del mismo año sobre el modo de nombrar apeadores y repartidores, y de subsanar a los arrendatarios el importe de los barbechos y labores. El 18 de marzo de 1768 se extendió la de 3 de noviembre de 1767 a todos los demás pueblos del reino, que fue reglamentada, o aclarada, el 11 de abril.

La importancia de estas disposiciones estriba no en su alcance —geográficamente limitado— ni en sus efectos —que fueron muy pocos beneficiosos para los más necesitados, a los que en un principio se quería mejorar con los repartos—, sino en el nuevo espíritu que las animaba, ya que aquí no se trataba de *la corriente tradicional, puramente hacendística, sino que aparece un nuevo factor, el económico, que propugna la liquidación de los bienes comunales invocando razones económicas de una mayor productividad y una mejor reestructuración agraria* (91). Pero en todo caso, deben considerarse como meros antecedentes o ensayos de la Real provisión de 25 de mayo de 1770 (92) en la que se determina con carácter general una repartición de tierras de propios y arbitrios, que por primera vez había de tener lugar con carácter masivo.

---

(91) Junto a estos dos factores operará años más adelante un tercero, de no menor fuerza: el social, que ve en las reparticiones de comunales un instrumento para la redención de las clases pobres y soldados retirados. Por lo demás, este elemento, más o menos soterrado, había estado presente en la legislación del siglo XVIII, especialmente en las disposiciones que acaban de citarse. La realidad es que los tres elementos dichos actúan casi siempre de modo conjunto. Las variaciones están en la preponderancia que se da a uno u otro en cada momento determinado.

(92) Nov. Rec., Ley 17, tít. 25, lib. 7.

El reparto —del que sólo se exceptuaba la "senara" o tierra de Concejo cultivada (o que se decidiese cultivar) vecinalrra del Concejo cultivada (o que se decidiese cultivar) vecinalmente— se hacía en orden sucesivo a las siguientes categorías:

En primer lugar a los labradores de una, dos y tres yuntas, que no tengan tierras competentes para emplear las yuntas propias, dividiéndolas en suertes de á ocho fanegas, dando una suerte por cada yunta.

En segundo lugar á los braceros, jornaleros ó senareros, que se declara ser todo peón acostumbrado á cavar y demás labores del campo; á los quales, pidiéndolo, se les repartirá una suerte de tres fanegas en el sitio ó parage menos distante de la población; previniendo que, dexando un año de beneficiarla o cultivarla, ó no pagando la pensión, la pierdan; sin comprehender en esta clase a los pastores ni artista alguno, si no tuviere yunta propia e labor, én cuyo caso se le incluirá en el repartimiento como labrador de una yunta, y no como bracero jornalero. Si hecho el primer repartimiento entre todos los que se hallaren aptos para él, y lo pidieren voluntariamente, sobraren tierras que repartir, se repetiría otro u otros repartimientos, por el mismo orden que va explicado, entre los labradores de una, dos o tres yuntas, hasta completar las tierras que puedan labrar con ellas; y si todavía sobraren, se repartirán a los que tengan más pares de labor, con proporción á lo que necesiten, y puedan cultivar; y no necesitándolas, se sacarán á subasta, y se admitirán forasteros.

Cardenas, después de calificar a esta Ley de "memorable", una de las obras más atrevidas que produjo España en el siglo xviii la escuela individualista, acierta también a poner de relieve sus defectos más importantes: y en primer lugar la falta gravísima de ser ineficaz para cumplir uno de sus principales fines, que era dividir y mantener dividida la riqueza con igualdad calculada, puesto que no habían de conservar sus suertes los propietarios que las obtuvieran sin capital suficiente para cultivarlas. Su ejecución había de dar lugar, además, como lo dio, a abusos e injusticias, con lo que se frustraba en muchas partes el objeto del legislador, por la inerte resistencia de los pueblos enemigos de novedades y apegados a sus antiguos hábitos. Aquella obra adolecía de

los mismos defectos de las doctrinas que la habían inspirado: prometía más de lo que se podía cumplir y era un tanto extemporánea y prematura. Así la mayor parte de las villas y concejos la recibieron con estoica indiferencia, sin apresurarse a participar de sus beneficios y sólo en pocos lugares tuvo cabal cumplimiento (93).

2. Sin perjuicio de esta legislación, durante el reinado de Carlos IV pasaron a segundo plano las consideraciones económicas para volver a prevalecer las razones fiscales en este campo de la intervención de los bienes municipales. En 1792 ordenó este monarca la incautación de todas las rentas sobrantes de los bienes de propios, disponiendo que se destinasen a la adquisición de vales reales (94).

Pero más grave todavía fue el R. D. de 16 de enero de 1794, por el que se impuso sobre todos los propios y arbitrios del reino una contribución del diez por ciento de su producto, revocando por tanto la antigua exención tributaria dispuesta por Carlos III, ya que, como se recordará, el gravamen del dos por ciento no era en concepto de impuesto, sino para amortizar los gastos de administración.

El R. D. de 7 de marzo de 1798, y más adelante la pragmática de 30 de agosto de 1800, insistieron en que, sin perjuicio del impuesto del diez por ciento, y una vez deducidos los gastos municipales, caso de haber sobrantes, se siguiesen destinando a la adquisición de Vales de la Casa de Amortización.

De este mismo monarca procede también un R. D. de 28 de abril de 1793 regulando las reparticiones de tierras concejiles en la Provincia de Extremadura, verdadera *crux* de la legislación agraria del siglo XVIII (95).

---

(93) *Ensayo...*, cit., 2, págs. 188-189. Un minucioso examen de los textos contemporáneos puede verse en COSTA, *Colectivismo agrario*, cit., págs. 135 y sigs.

(94) Nop. Rec., Ley 20, tít. 16, lib. 7.

(95) Nov. Rec., Ley 52, tít. 16, lib. 7.

VII. LAS CORTES DE CADIZ

En las Cortes de Cádiz se consagra legislativamente de una manera definitiva la liquidación le los bienes comunales. Aquí, como en tantos puntos, es evidente la influencia francesa. En 1812 en España, como en Francia veinte años antes, coincide una mentalidad económica de tipo individual y burgués con un momento de angustia financiera y militar. En esta situación los bienes comunales actúan de panacea milagrosa: mediante su venta se allegan fondos para mantener el ejército, y mediante su reparto se premia —sin ningún sacrificio para el Tesoro— a los militares retirados y, por lo que se refiere a los vecinos, se intenta vincularles a las nuevas ideas gracias a la complicidad que supone el regalo de unas propiedades, que un cambio de régimen puede quizá revocar. El ideal desamortizador, propio del liberalismo económico de los últimos años del siglo XVIII, encuentra, pues, en esta coyuntura un pretexto ideal para provocar las ventas y reparticiones del patrimonio comunal.

En el presente epígrafe van a seguirse con cierto detenimientos las actas de las sesiones. La razón de esta prolijidad se encuentra no sólo en cuanto así se aclaran los textos que ordenaron las ventas y reparticiones, sino —y esto es lo más importante— por el excepcional interés doctrinal de las discusiones que tuvieron lugar. Sin temor a equivocarnos, podemos decir que en las Cortes de Cádiz se plantearon y discutieron, con altura que luego no ha sido superada, todos los aspectos del problema de la liquidación de los bienes comunales, tal como después han seguido debatiéndose durante ciento cincuenta años.

El 23 de agosto de 1812 la Comisión de baldíos presentó un dictamen proponiendo:

> Primero: Que se venda la tercera parte de las tierras de propios y baldíos de la península e islas adyacentes, a excepción de aquellos pueblos en que se consideren necesarios los terrenos para dehesa boyal, exido y descanso de los ganados y eras públicas, y para mantener los ganados de los vecinos de los mismos pueblos.
>
> Sexto: La venta se hará en pública subasta, prefiriendose el vecino del pueblo al forastero, y el comunero al que no lo es: se rematarán en el mejor postor, pero no podrá admitirse postura alguna que no llegue al valor de la tasación de las tierras.
>
> Octavo: Aquellos terrenos que no se hayan vendido en la subasta por falta de compradores se repartirán y adjudicarán por sorteo riguroso, teniendo presente que primero se ha de acomodar los perentrines, braceros y pagujareros, y después los que tengan dos, tres o más yuntas progresivamente, admitiéndoles en pago los créditos de suministros de las dos terceras partes del premio de la tasación, y el resto en metálico o en efectos, y cuando no tengan ni uno ni otro, se entenderá la venta a censo reservativo redimible con crédito de 3 %.

El día 27 del mismo mes fue sometido a discusión este dictamen, que defendió OLIVEROS.

Hablaron en contra DOU, ANER y VERA, alegando que dada la situación del Reino, a punto de estar invadida cada provincia, no había dinero que destinar a estos bienes, por lo que, suponiendo que se encontrase comprador, habían de malbaratarse; siendo la mejor prueba de ello lo que estaba sucediendo con los bienes nacionales, que, puestos a la venta, no encontraban salida, no obstante las ventajosas condiciones en que se ofrecían.

CALATRAVA, por su parte, también se opuso al Dictamen, y no solamente por razones pragmáticas de falta de compradores, sino por consideraciones jurídicas del más subido valor, a nuestros efectos:

> ¿Con qué justicia se pretende que el importe de estos terrenos sirva para pagar la manutención del ejército, cuando ésta es una deuda pública a que todos los pueblos y todos los individuos tienen igual obligación? *Es un error decir que los propios y baldíos pertenezcan al Erario público, y confundirlos con los bienes nacionales. Los propios y baldíos son una propiedad exclusiva de* los *respectivos pueblos*, que pagan, como los propietarios particulares, la alcabala y otras contribuciones sobre el producto de sus fincas: querer que se venda la tercera parte de ellas para socorrer las necesidades de la Nación, es lo

mismo que si se quisiera que se venda para ello la tercera parte de mis bienes. Los propios y baldíos son responsables de las deudas y gastos de la nación, como lo son todos los bienes de los particulares. Justísimo es que, como éstos, contribuyan también los pueblos a proporción de los propios y baldíos que tengan; pero privarles de una parte de su propiedad, cuando todas las otras se respetan, y tratar de que una clase de propietarios territoriales responda de una deuda a que están obligadas igualmente las demás, y aún aquellos que tienen su caudal en otros bienes, me parece una cosa muy injusta y repugnante.

Si se propone la venta como un medio de fomentar los pueblos ¿a quién se fomentará? Los pueblos se verán privados de la tercera parte de las rentas con que sufragan los gastos municipales, y aquella tercera parte, o se deberá recargar a los vecinos por medio de un repartimiento, o habrá de suplirse por otro arbitrio que les sea más gravoso. La comunidad se quedará sin la tercera parte, de sus baldíos, que han mirado siempre cómo el patrimonio de los pobres, y los pobres, que son los más interesados, y sin duda los primeros acreedores a ellos, sufrirán, sin retribución, aquel perjuicio, y vendrán a pagar casi exclusivamente lo que si se exige como corresponde deberán pagar principalmente los ricos. Estos serán entre tanto los que compren las tierras que se vendan; para éstos será el fomento, porque las comprarían al precio que quieran; y el beneficio público de la venta consistirá en privar a los pobres del auxilio, poco o mucho que tienen en los propios y baldíos, para causarles a ellos y al Estado en general, el grave perjuicio que resulta de la acumulación de propiedades en pocas manos.

La opinión de las Cortes, como se ve, no podía ser, en principio, más opuesta a la venta de los baldíos y comunales (pues no se hace distinción entre ambos). No obstante, el tesón de OLIVEROS y TORRERO volvió a presentar una nueva moción el día 28 de agosto, que fue pasada a la Comisión de Agricultura, con este tenor:

"Siendo la prosperidad nacional uno de los principales objetos que deben promover las Cortes generales extraordinarias, y como esta puede fomentarse por el aumento de cultivo de baldíos y tierras propias de las poblaciones de la Península, que subsisten infructíferas por los esfuerzos del interés individual, en manifiesto daño de toda la nación, atrasando la población, la abundancia y el recíproco comercio; deseando S. M. hacer desaparecer de una vez todo lo que embarace el bien

común, ha resuelto que la mitad de los baldíos y propios de la Península e islas adyacentes se distribuyan en propiedad bajo un moderado canon a labradores vecinos de los respectivos distritos; debiendo tener preferencia en la repartición de las suertes los menos acomodados a los más acaudalados y pudientes, y con tal que no puedan enajenarse hasta cumplidos diez años de posesión, o por fallecimiento de su poseedor."

El 22 de febrero de 1812 presentó la Comisión de Agricultura su Dictamen, en el que se proponía tanto la venta como la repartición de baldíos entre los vecinos y como recompensa a los servicios prestados a la patria:

Primera: Todos los terrenos, baldíos o realengos y de propios y arbitrios, con arbolado y sin él, así en la Península como en las provincias de Ultramar, exceptuando los egidos necesarios a los pueblos, se reducirán a propiedad particular, cuidándose de que en los propios y arbitrios se suplan sus rendimientos anuales por enfiteusis perpetuas sobre los mismos terrenos para satisfacer los gastos municipales. El precio de los terrenos de una y otra clase que se vendan y el capital de los censos redimibles que puedan imponerse sobre los baldíos y realengos al tiempo de su concesión, se destinan al Erario público. De cualquier modo que se distribuyan estos terrenos será en plena propiedad y en clase de acotados, para que sus dueños puedan cercarlos sin perjuicio de las cañadas, travesías, abrevaderos y servidumbres, disfrutarlos libre y exclusivamente, y destinarlos al uso o cultivo que más les acomode; pero no podrán jamás vincularlos, ni pasarlos en ningún tiempo ni por título alguno a manos muertas. En la enajenación serán preferidos los vecinos de los pueblos respectivos, y en su defecto los comuneros. Las Diputaciones provinciales luego que se hallen establecidas con arreglo a la Constitución, propondrán a las Cortes por medio de la Regencia, la época y los términos en que más convenga llevar a efecto esta disposición en sus respectivas provincias, según las circunstancias del país, y los terrenos que sea indispensable conservar a los pueblos, para que las Cortes resuelvan lo que sea adaptable a cada territorio. Se recomienda este asunto al celo de la Regencia del Reino y de las dos Secretarías de la Gobernación, para promoverlo e ilustrar a las Cortes, siempre que les dirijan las propuestas de las Diputaciones provinciales.

Segunda: Sin perjuicio de ello, la mitad de todos los baldíos y realengos de la Monarquía, exceptuando los egidos, se

hipoteca para el pago de la Deuda nacional, y con preferencia al de los créditos comprendidos en ella que tengan a su favor los vecinos de los pueblos a que correspondan aquellos, especialmente los que procedan de suministraciones para los ejércitos o préstamos que hayan hecho para la guerra desde 1.º de mayo de 1808. Al enajenarse esta mitad de baldíos por cuenta de la Deuda pública, serán preferidos los vecinos de los pueblos respectivos y los comuneros en el disfrute...

Tercera: A los tenientes y subtenientes que por su avanzada edad o por haberse inutilizado en el servicio militar se retiren con la debida licencia, sin nota y con documento legítimo que acredite su buen desempeño, y lo mismo a los sargentos, cabos, soldados, trompetas y tambores que por las propias causas o por haber cumplido su tiempo obtengan la licencia final sin mala nota, ya sean nacionales o extranjeros unos y otros, se les concederá gratuitamente en el país de la Monarquía donde fijen su residencia una suerte de tierra de las más proporcionadas para el cultivo, de 6, 12 ó 18 fanegas, según su calidad y las circunstancias de los países. El número de fanegas podrá ser doble mayor en América, donde lo permita la mucha extensión de los terrenos vacantes. Estas tierras, serán de las restantes de los baldíos y realengos, o de las labrantías de propios y arbitrios, represalias, confiscaciones, encomiendas, vacantes y mostrencos y demás bienes nacionales. Los ayuntamientos, después de que se les presenten por los interesados los documentos que acrediten su retiro y buen servicio, harán el señalamiento más oportuno de la suerte de tierra, oyéndose sobre todo al procurador síndico breve y gubernativamente, y sin que se exijan costas ni derechos algunos. El expediente se remitirá a la Diputación provincial para su aprobación, y el Gobierno reparará cualquier agravio que se cause.

Cuarta: La concesión de estas suertes de tierra, que se llamarán *premio de la patria,* no se extenderá por ahora a otros individuos que a los que sirvan o hayan servido en la presente guerra, o en la pacificación de las actuales turbulencias en algunas provincias de Ultramar.

Quinta: De las mismas tierras restantes de baldíos y realengos se asignarán las más a propósito para el cultivo, y a todo vecino de los pueblos respectivos que los pida y no tenga otra tierra propia, se le dará gratuitamente y por sorteo una suerte de una, dos, tres y cuatro fanegas según la extensión de los baldíos, y aún doble más en América si el mucho terreno lo permitiese, con tal de que el total de las que así se repartan en

cualquier caso, no exceda de la cuarta parte de los mismos baldíos. Si no hubiese suficientes baldíos se les dará la suerte de las tierras de labrantías de propios y arbitrios; pero en este caso se impondrá sobre la tierra un canon perpetuo equivalente a su producto en el quinquenio hasta el fin de 1807 para que no decaigan los fondos municipales. Si por espacio de dos años el agraciado dejase de pagar el canon o de cultivar la suerte, pasará esta a otro vecino más laborioso que carezca de tierra propia. Las diligencias para estas concesiones se harán también sin costo alguno por los ayuntamientos y las aprobarán las Diputaciones provinciales.

Sexta: Todas las suertes que se concedan conforme a las tres proposiciones precedentes, lo serán en plena propiedad para los agraciados y sus sucesores, con la calidad de acotadas y facultad de que sus dueños puedan cercarlas, sin perjuicio de las cañadas, travesías, abrevaderos y servidumbres, disfrutarlas libre y exclusivamente y destinarlas al uso o cultivo que más les acomode. Pero no podrán enajenarlas antes de cuatro años, ni sujetarlas jamás a vinculación, ni pasarlas en ningún tiempo, ni por título alguno a manos muertas. Los agraciados que establezcan su habitación permanente en las mismas suertes, serán exentos de contribución por ocho años.

En la sesión del 15 de abril fue sometido a discusión este Dictamen. El primero que alzó la voz en contra del mismo fue Dou, pero ahora no ya contra su espíritu, sino sencillamente contra un aspecto técnico: frente al criterio uniformista de la Comisión, proponía que los detalles de la liquidación de estos bienes se redactasen posteriormente, a la vista de los informes de las distintas Diputaciones provinciales.

A continuación García Herreros, puso de manifiesto en un acertado discurso la unilateralidad del Dictamen, que había pasado por alto, fundamentalmente, los intereses de la ganadería:

"Hace muchos años —dijo— que los labradores y ganaderos forman dos cuerpos monstruosos, que se destruyen, porque son incompatibles sus intereses en el estado de separación en que se hallan. La razón natural dicta que deben andar unidos para que sea uno mismo el interés. Ni la experiencia de los males que ha causado esta separación, ni la imposibilidad de dar un paso acertado para el fomento de estos ramos, demostrada por la misma experiencia y representada por varios Ministros sabios y celosos, ni las Memorias presentadas por las sociedades patrióticas, tanto más enérgicas cuanto eran testigos de los males, ni

los clamores de las provincias que siendo víctimas del desorden proponían los medios de remediarlo, nada bastó para que el Gobierno tomase las providencias consultadas, dirigidas todas a unir estos ramos de modo que no pudieran volverse a separar. Los clamores de los interesados, más poderosos que los labradores, el ruinoso sistema de abastos y otras causas, influyeron para que se mantuviesen separados; y en este estado no han podido producir efecto alguno las muchas providencias que se han dictado en favor de la agricultura; todas eran parciales y no atacaban el mal en su raíz. Lo mismo va a suceder con la de que se trata, si al mismo tiempo no se resuelve V. M., a superar de una vez los obstáculos que ha opuesto el interés individual. Fíjese por sistema inalterable la unión de estos dos ramos, restablecimiento la observancia de nuestras antiquísimas y sapientísimas leyes que prevenían el número de cabezas de ganado que correspondía a cada yunta; sean labradores los ganaderos, o al contrario, que es lo natural, prohibiéndose rigurosamente que haya ganaderos que no sean labradores; de otro modo inútil es que V. M. se fatigue en acordar providencias para que no haya baldíos; pues las Diputaciones de provincia, al instruir los expedientes que se les encargan, deberán oír a los ganaderos, como se ha hecho siempre que se ha tratado de repartir terrenos o de acotarlos, etc., y como es muy posible que los sean los individuos que las compongan, sucederá lo que siempre: que las bestias serán preferidas a los hombres, que los terrenos no se repartirán, o se hará con tales condiciones que no adquieran la propiedad, y siempre habrá baldíos y mal cultivo. Al establecimiento de la indicada ley debe Portugal el estado floreciente de su agricultura y la nuestra jamás llegará al que debe si no la restablecemos."

En contra de la opinión general, ya decididamente favorable a la repartición de los baldíos comunes, se alzó la erudita voz de GÓMEZ FERNÁNDEZ, quien advirtió de los perjuicios de esta operación, señalando, además, que en último extremo, la diversidad de problemas que ofrecía, exigía un proceso de muchos años, que las Cortes no podían realizar:

"No puedo dejar de notar de equivocado el principio sobre que estriba la comisión, y que adoptan los expresados señores Diputados, y otros, para asegurar ser notoria la utilidad del repartimiento. Consiste, pues, en decir, y aún suponer no sólo que por él se fomenta el interés individual, sino es también que

en ésta consiste la felicidad del Estado y el bien común, siendo como es todo lo contrario; porque nadie duda, ni puede, que el interés privado o particular siempre ha estado en oposición con el de la comunidad, y que en tanto se sostiene y deja correr aquél, en cuanto es compatible con éste.

Para persuadirse a esta verdad basta reflexionar que *en el principio todas las cosas fueron comunes, que muchas permanecen en esta clase por necesidad en el día y permanecerán hasta el fin del mundo,* y que la división de ellas, de terrenos y de términos, dimanó y tuvo origen de la corrupción de la naturaleza por el pecado: en su consecuencia, la propiedad individual y las palabras de *tuyo* y *mío*, de las cuales dijo el filósofo que si se quitaran del mundo, los hombres vivirían quietos y pacíficos en él, porque sin ellas no habría pleitos ni guerras, como dijo Rafael Severino en su obra de *Sentencias morales,* que redujo a verso por el siguiente dístico:

Si duo de medio tollas pro nomina rerum,
Cessabunt lites bellaque nulla erunt.

Señor, cuando yo me produzco así ante V. M. estoy muy distante de tratar de hacer revivir el modo de gobernar la república que quiso inventar Platón, consistente en que los hombres no tuviesen propiedad, ni mio ni tuyo, sino que todas las cosas fuesen comunes; por el contrario, estoy bien hallado con la de Aristóteles, en que haya de uno y de otro. Se que lejos de estar reprobado por Dios, se halla aprobado en los preceptos del Decálogo, y en la concesión de las tierras que dio a Abraham, y después a las tribus sus descendientes; y por Nuestro Señor Jesucristo en varios lugares, uno de ellos cuando dijo: "Dad al César lo que es del César..."; y sólo es mi ánimo e intento desvanecer el referido principio, que se sienta como verdadero, de que en el interés individual consiste el común y la felicidad del Estado, siendo sólo cierto lo opuesto, y cuando menos, que aun después de la corrupción de la naturaleza por el pecado, ha de haber cosas y bienes comunes y particulares, o de dominio privado, en tanto en cuanto esto no se oponga o sea compatible con el bien común y bien del Estado, acerca de lo cual no es justo molestar más la superior atención de V. M., siendo como es materia o punto en que en mi juicio no cabe disputa ni dificultad.

La única que resta persuadir es la de que lejos de ser útil el referido repartimiento es perjudicial, y que ni en todo ni

en parte puede verificarse, al menos por ahora, porque lo resisten las leyes. En primer lugar, todas las que protegen el *derecho de la propiedad, porque no puede dudarse la tienen los pueblos en los terrenos de propios, de arbitrios, y de baldíos comunes*, bien provengan ellos de la donación y repartimiento hecho por los Príncipes al tiempo de sus establecimientos y fundaciones, bien y mucho más, de compras, permutas y de otros contratos, pues de todo hay; sin que este derecho de propiedad se distinga del que tiene cada individuo en sus bienes, en otra cosa más que poder éste ser invertido, su valor y frutos en sus propios usos, y el de aquéllos en el procomunal de toda la ciudad o villa cuyos fueren, como en labor de los muros, de los puentes, caminos, etc., de que trata, y pone estos y otros ejemplos la ley 10, título XXVIII, "de las cosas en que el hombre puede tener señorío, y como lo puede ganar", Partida 3.ª, con que son concordantes muchas de la Nueva y Novísima Recopilación; y en segundo lugar, la ley del contrato celebrado por las ciudades y villas del Reyno, hecho en Cortes, cuando el establecimiento de la contribución de 17,5 millones a que se convino aquel pagar al Rey; pero con condición y pacto formal y expreso de que éste no había de donar ni enajenar tierras baldías comunes, y sobre que con motivos de haber habido en esto alguna contravención, la reclamó el reino, solicitando no sólo se cumpliese, sino es que el Rey diese su palabra y fe por sí y sus sucesores de haberlo de guardar y cumplir inviolablemente, según expresó en la ley 11, título V, libro 7.º de la Nueva Recopilación, en la Novísima la 2.ª, título XXIII del mismo libro 7.º, esto en cuanto a tierras baldías, sus árboles y sus frutos, pues por lo respectivo a propios, estaba ya antes establecido, y obligándose el Rey a guardar los derechos, rentas y propios de las ciudades, villas y lugares por la Ley 2.ª, título V, libro 7.º de la Nueva, en la Novísima, 1.ª, título XVI, por cuya 2.ª y 1.ª, de aquella, se les manda restituir todo lo ocupado.

Todas estas leyes, y otras que se omiten, lejos de estar derogadas por V. M., están recomendadas en su Constitución, con especialidad en el artículo 5.º, capítulo y título 1.º, donde se dice: "la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen".

Los argumentos de GÓMEZ FERNÁNDEZ debieron causar sensación porque, suspendida seguidamente la reunión, en la sesión inmediata

del día 18, pronunció un discurso el Conde de TORENO, dirigido directamente a rebatirle: En su opinión no debían confundirse estas enajenaciones con las realizadas por los monarcas anteriores y contra las que se alzaron repetidas veces las Cortes de la Nación:

"... Esto es confundir malamente las precauciones que querían tomar las Cortes para evitar que el Rey los donase o vendiese a los grandes o manos muertas, con la medida de ahora, dirigida a repartir una parte de ellos entre los vecinos de los mismos pueblos y los defensores de la patria, y a vender la otra para atender al pago de la deuda nacional. De lo primero, sin resultar a los pueblos ningún bien, se hubiera causado a la nación el gravísimo mal de amortizar una porción de capitales en tierras, y de destruir en vez de favorecer su cultivo, y de lo segundo nacerá el aumento de la felicidad de los vecinos, creciendo su agricultura, y la nación se descargará de sus créditos. No hay que temer que a los pobres se les siga perjuicio de esta medida; los ricos eran los que antes se aprovechaban más de estos baldíos, los cuales, reducidos a propiedad particular, tienen ya un dueño interesado en cultivarlos; cuando de la otra manera, deseosos todos de sacar de ellos la mayor ventaja posible, ninguno se cuidaba de su conservación. Si se recela que el pobre a quien se reparte un terreno, no teniendo los enseres correspondientes para su cultivo, los abandone y deje erial como antes, diré que el evitar éste y otros inconvenientes debe entrar en cuenta para la parte de ejecución, de la cual no se trata en el día. Sólo se quiere el permiso de enajenar, dejando a los cuerpos municipales el cuidado de proponer el mejor modo de llevar a efecto esta resolución.

El Sr. Gómez Fernández, deseando el mayor fomento para la ganadería ha hablado tan en favor suyo, que la ha presentado como la única y principal riqueza de los estados. ¿Pero quién no ve que esto es querer convertirnos en tártaros, y hacernos retroceder algunos grados de civilización? Cualquiera que haya estudiado el origen y progreso de las sociedades, no ignora que del estado de ganaderos se pasa al de agricultores, porqué es sabido que un espacio dado de terreno destinado al pasto, es mucho menos productivo que si estuviera destinado a semillas. Compárese el número de hombres que podrá mantenerse si se destina ésta a labor, y se hallará un exceso muy considerable en favor del último. Así las naciones pastoras necesitan tener a su disposición terrenos inmensos, y si se

ven reducidas a un límite fijo, o se destruyen aquellos o tienen que aplicarse a la agricultura.

Anunció también el mismo señor preopinante que en quitar y desterrar del mundo las dos expresiones *mío* y *tuyo* consistía la felicidad pública. Pero este principio santo y bueno y bellísimo, pintado por los poetas, económicamente hablando, se podría demostrar que si fuera posible que hubiera existido este siglo de oro tan decantado, hubiera sido el siglo de la pobreza y de la miseria. Citó asimismo en apoyo de sus ideas, varias obras, pero no con la mayor oportunidad: Herrera y alguno de los otros autores españoles de que hizo mención, jamás consideraron esta materia como nosotros; sólo hablaron de ella como agricultores, no como político-economistas. El Marqués de Mirabeau, en su *Amigo de los hombres*, tampoco trató de este asunto, y aunque lo hubiera tratado, todos sabemos que en sus principios económicos cometió mil errores, como que pertenecía a aquella especie de política conocida con el nombre de economistas, en la cual, aunque había hombres sabios, llenos de los mejores deseos, estaban muy lejos de haber descubierto y adaptado los buenos y sanos principios de la economía pública."

"Los mismos señores eran de opinión de que se prohibiese a los grandes capitalistas el comprar estos terrenos, y yo igualmente me opongo a esta resolución como contraria a la libertad y prosperidad nacional. No debe coartarse en manera alguna el derecho que todos los ciudadanos tienen a la adquisición de estos terrenos. El que los grandes capitalistas lleguen a comprarlos y a ser sus poseedores, sería un mal siempre que se les permitiese amortizarlos o amayorazgarlos; prohíbase esto, y resultarán las mayores ventajas a la agricultura. Los grandes capitalistas están en el caso de mejorar infinitamente más sus posesiones que los pequeños; y aunque la multiplicación de estos últimos aumenta inmediatamente la población, las mejoras de aquéllos adelantan la industria, y por consiguiente la riqueza; y a su muerte, como deberán dividirse entre sus hijos o herederos sus propiedades, conseguiremos la doble ventaja de la mejora en la propiedad, y la división de entre muchos."

Con argumentos similares defendió el Dictamen Polo.

Martínez Fortun se opuso a que se premiase de la manera indicada a los militares viejos, ya que consideraba, muy acertadamente,

que una parcela montuosa, precisada de grandes trabajos de roturación y gravada además con un censo, era un premio muy poco adecuado a un hombre en estas condiciones.

Después de haber hablado el Sr. Golfín, que repitió los argumentos al uso en defensa de las ventas y reparticiones, habló Aner en contra del informe de la Comisión:

> "La agricultura debe ser proporcionada a los brazos que pueden emplearse en ella. Es indudable, en mi concepto, que en la mayor parte de las provincias de España hay más terreno reducido a cultura del que pueda cultivarse. El fomento de la agricultura no depende de cultivar mucho, sino de cultivar bien; y en esto se nota una gran diferencia entre unas provincias y otras. Y si es cierto, como en mi concepto lo es, que en muchas provincias no se cultivan bien los terrenos laborales por falta de brazos ¿ qué será finalizada la guerra, en la que habremos perdido una cuarta parte de los que se empleaban en la agricultura? Y si por esta razón deberán quedar incluidos la cuarta parte de los terrenos, ¿será prudente hacer novales dejando eriales los terrenos cultivados?"

> "Se dice que también se distribuirá gratis algún terreno a los vecinos pobres de los pueblos o a los que se llaman jornaleros. Esto, que es lo más benéfico del proyecto, no producirá efecto alguno, Porque, o se le da una porción de terreno suficiente para mantener una familia, o no; si lo primero, de nada le sirve si al mismo tiempo no se le habilita con todo lo necesario para su cultivo, como son todos los aperos de labranza, y con lo necesario para mantenerse mientras el terreno le produce lo suficiente. Y si no se le da el suficiente terreno para mantener con sus productos una familia, lo que resultará es que mientras el jornalero se dedique a cultivarlo (si es que lo emprende jamás), se disminuye en otra parte la cantidad de trabajo de este jornalero, y de consiguiente, nada gana la agricultura."

En la sesión del 25 de abril habló por último Giraldo, quien hizo hincapié en las ventajas de las particiones, no obstante los perjuicios que con ello se ocasionasen a la ganadería, interés que parece subyacer en los pocos que se oponían a la liquidación de baldíos.

En este punto se interrumpieron los debates, que no se reanudaron hasta el día 27 de noviembre, en cuya fecha y en la siguiente se

discutió la nueva redacción de las conclusiones del Dictamen, sin que al parecer se pronunciasen discursos de importancia, ya que en el Diario de Sesiones (edición de 1870) no se transcriben integramente y sólo se hace una breve referencia a ellos. Discusión que se prolongó con el mismo carácter en las sesiones del 21 y 22 de diciembre del mismo año.

El resultado de todas estas discusiones desembocó en un nuevo texto, proyecto de Decreto, redactado por la Comisión de Agricultura, de acuerdo con todas las modificaciones que habian sido aprobadas:

Art. 1.º Todos los terrenos baldíos o realengos y de propios y arbitrios, con arbolado y sin él, asi en la península e islas adyacentes, como en las provincias de ultramar, excepto los egidos necesarios a los pueblos, se reducirán a propiedad particular.

Art. 2.º De cualquier modo que se distribuyan estos terrenos, será en plena propiedad, y en clase de acotados.

Art. 3.º En las enajenaciones de dichos terrenos, serán preferidos los vecinos de los pueblos en cuyo término existen, y los comuneros en el disfrute de los mismos baldíos.

Art. 6.º Sin perjuicio de lo que queda prevenido, se reserva la mitad de los baldíos y realengos de la Monarquía, exceptuando los egidos, para que en todo o en la parte que se estime necesaria, sirva de hipoteca al pago que tengan contra la nación los vecinos de los pueblos a que correspondan los terrenos.

Art. 7.º Al enajenarse por cuenta de la Deuda pública esta mitad de baldíos y realengos, o la parte que se estime necesario hipotecar, serán preferidos para la compra los vecinos de los pueblos respectivos y los comuneros en el disfrute de los terrenos expresados.

Art. 9.º De las tierras restantes de baldíos y realengos, o de las labrantías de propios y arbitrios, se dará gratuitamente una suerte de las más proporcionadas para el cultivo a cada capitán, teniente y subteniente, que por su avanzada edad, o por haberse inutilizado en el servicio militar, se retire con la debida licencia, sin nota y con documento legítimo que acredite su buen desempeño, y lo mismo a cada sargento, cabo, sol-

dado, tropa y tambor, que por las propias causas o por haberse cumplido su tiempo, obtenga la licencia final sin mala nota, ya sean nacionales o extranjeros unos y otros, siempre que en los distritos en que fijen su residencia haya de esta clase de terrenos.

Art. 15. De las mismas tierras restantes de baldíos y realengos se asignarán las más a propósito para el cultivo; y a todo vecino de los pueblos respectivos que lo pida, y ya tenga otra tierra propia, se le dará gratuitamente por sorteo y por una vez, una suerte proporcionada a la extensión de los terrenos, con tal de que el total de las que así se repartan en cualquier caso, no exceda de la cuarta parte de dichos baldíos y realengos; y si estos no fuesen suficientes, se dará la suerte en las tierras labrantías de propios y arbitrios, imponiéndose sobre ellas en tal caso un canon redimible, equivalente al dendimiento de las mismas en el quinquenio hasta fin de 1807, para que no decaigan los fondos municipales.

Art. 16. Si alguno de los agraciados por el precedente artículo dejase en dos años consecutivos de pagar el canon, siendo de propios la suerte, o de tenerla en aprovechamiento, será concedida a otro vecino más laborioso, que carezca de tierra propia.

Este texto logró conseguir, en lo substancial (por lo que no tiene interés su reproducción), fuerza de ley, aprobándolo al fin las Cortes en el Decreto de 4 de enero de 1813, cuya introducción dice así:

"Las Cortes generales y extraordinarias, considerando que la reducción de los terrenos comunes a dominio particular es una de las providencias que más imperiosamente reclaman el bien de los pueblos y el fomento de la agricultura e industria, y queriendo al mismo tiempo proporcionar con esta clase de tierras un auxilio a las necesidades públicas, un premio a los beneméritos defensores de la patria, y un socorro a los ciudadanos no propietarios..."

No obstante lo laborioso de su redacción y la gran novedad que representaba su espíritu, la falta de técnica, —ya que no de buena voluntad— de sus redactores y las especiales circunstancias en que se desarrollaron las Cortes de Cádiz fueron causa de las duras críticas que se habían de alzar posteriormente contra este Decreto.

Ofrecía —dice CÁRDENAS (96)— gravísimas dificultades de ejecución, y aun ejecutado, no habría correspondido a los

fines de los legisladores de Cádiz. Aunque las diputaciones provinciales hubieran procurado con el más vivo celo la expropiación de los baldíos, que una preocupación arraigadísima consideraba necesarios para la cría de ganados; aunque hubieran combatido con el mayor empeño el interés de los pueblos en la conservación de sus Propios y Comunes, la operación, que según el decreto debía preceder al reparto, exigía largo tiempo y cuantiosos gastos. Pero es más, aun suponiendo que se hubiera consumado la distribución, no se habría realizado el fin propuesto de crear una multitud de cortos propietarios labradores, que acrecentaran extraordinariamente la riqueza, puesto que carecían de capital para poner en cultivo los lotes así adquiridos, que al fin hubieran terminado por venir a parar a manos de los ricos. Este es, por lo demás, un tipo de argumentos que habría de reaparecer ya en las Cortes de 1820.

VIII. EL SIGLO XIX

1. En todo caso, no hubo lugar a comprobar la bondad o los defectos de esta famoso Decreto puesto que Fernando VII el Constitucional abolió, como es sabido, en 1814 toda la obra de las Cortes anteriores.

Los baldíos, sin embargo, constituían por aquella época un factor demasiado importante en la economía nacional como para poder existir al margen de las presiones políticas y administrativas. En 1818 se ordenó súbitamente por Real Cédula la venta de todos los baldíos y realengos del Reino, destinándose su importe al pago de los intereses y a la amortización de la Deuda Pública. He aquí, pues, que una vez más acudían los monarcas a estos bienes pretendiendo remediar con ellos las penurias de la Hacienda.

(96) *Ensayo...*, cit., t. II, págs. 191-192.

Por nueva Real Cédula de 22 de julio de 1819 se reglamentaron con más detalle estas ventas, disponiendo, para facilitarlas, la formación de lotes de distinta calidad, estableciéndose, además, un orden de preferencia de pujas, que iba desde los braceros locales hasta los hacendados forasteros, pasando por los labradores vecinos, dueños de yunta pero sin raíces suficientes, los vecinos ricos y los comuneros. De estas ventas se excluían, muy acertadamente, los baldíos de aprovechamiento común,

"... entendiéndose que se han de comprender bajo el nombre de baldíos de aprovechamiento común de los pueblos los que éstos necesitasen para sus ganados propios, y no forasteros, como no tengan comunidad de pastos; para sembrar conservando la alternativa de año y vez, y no más; y para cortar maderas o leñas para sus usos, y no para negociarlas; se conservarán a los ganados trashumantes los pastos que necesiten cerca de las cañadas, abrevaderos y descansaderos, y los que no venderán..."

El sistema, en líneas generales, venía a incidir en los mismos defectos que todos los anteriores. No admitiéndose postura menor que la tasación respectiva, los braceros y yunteros sin tierra propia, no tenían más derecho que el de comprar por todo su precio la finca subastada, con preferencia a los ricos, y eso cuando otro licitador de los preferidos no mejoraba la postura; y como aquellos licitadores eran justamente los de medios más escasos, su preferencia era ilusoria, quedando abandonadas las subastas a los vecinos acomodados (97).

2. *El bienio constitucional.* La Revolución de 1820 vendría, sin embargo, a cambiar de nuevo radicalmente el panorama. Restablecida la Constitución de 1812 y la legislación de aquellas Cortes, ya en sus primeras sesiones (a partir de la del 21 de julio y a propuesta del Diputado Sr. GARCÍA) se preocuparon las nuevas del problema de la ejecución del

(97) CÁRDENAS, *Ensayo...*, cit., II, pág. 192.

Decreto de 1813, cuyo texto fue remozado en concordancia con el espíritu radical, que progresivamente iba dominando a la facción exaltada de la Revolución.

Pero, como es sabido, la labor de aquellas Cortes fue flor de un día, que terminó con la restauración de Fernando VII.

3. A la muerte de Fernando VII, la Reina Gobernadora, insistiendo en la idea de que la propiedad municipal no favorece ni a los entes locales ni a los ciudadanos ni a la mama economía del país, autorizó a los Ayuntamientos en R. O. de 24 de agosto de 1834 para enajenar en venta o en censo sus bienes raíces. La medida era extraordinariamente prudente y con ella no se pretendía en modo alguno despojar la propiedad municipal: se trataba sencillamente de levantar en beneficio de los Ayuntamientos la ordinaria prohibición general de venta. La intervención del Estado se limitaba a una función tutelar a lo largo del expediente de enajenación, cuyo procedimiento se regulaba con algún detalle. El precio de las enajenaciones correspondía íntegramente a los Ayuntamientos, si bien una R. O. de 3.11.1835 vino a regular severamente su inversión, que había de realizarse en este orden: 1.º) En redimir censos y pagar deudas que devengaran intereses. 2.º) En extinguir créditos y obligaciones de justicia, aunque no devengaran créditos. 3.º) En acabar obras de utilidad pública. 4.º) En adquirir billetes al portador de la Deuda con interés. Precisamente en esta rigurosa determinación de inversiones es donde ve CÁRDENAS una de las principales causas de la escasa acogida que tuvo entre los Ayuntamientos esta posibilidad de enajenación: "Pocos Ayuntamientos querían desprenderse de sus fincas con el solo objeto de pagar deudas antiguas, y menos aun para adquirir billetes del Tesoro, que mal podían ser estimados donde apenas eran conocidos, como sucedía en la mayor parte de las provincias. Algún pueblo que hubiera comenzado obras de pública utilidad, vendería tal vez parte de sus propios para cubrirlas, pero ¿cuál haría lo mismo sabiendo que no podía invertir su producto en una obra nueva, quizá más

necesaria, y que, por el contrario, se le obligaría a destinarlo al pago de deudas antiguas o a comprar papel del Estado en que no tenía confianza...?" (98).

Dentro de esta misma línea de enajenaciones facultativas son de citar los RR. DD. de 28 de mayo y 28 de agosto de 1852 por los que se autorizaba a los pueblos de determinadas provincias para que enajenaren sus bienes e invirtiesen el importe en las obras proyectadas de construcción de ferrocarriles. El R. D. inmediato de 10 de septiembre del mismo año se cuidó de reservar al Tesoro un veinte por ciento de estas cantidades, en compensación de la disminución de contribuciones que la enajenación producía.

4. Al llegar a este punto vuelve a cambiar de nuevo —y esta vez de una manera definitiva— la política de enajenaciones del patrimonio municipal. En las dos últimas décadas hemos visto que el legislador se limita a facultar a los Ayuntamientos para la enajenación de sus bienes: se trata, pues, de una medida estrictamente jurídica, se trata sólo de habilitar una excepción al régimen general de la inalienabilidad.

Pues bien, a partir de 1855 ya no se contenta el legislador con dictar normas de tipo jurídico-procedimental, sino que por presión de las necesidades de la Hacienda, y más aun como consecuencia de la adopción de principios de economía dogmática, impone la enajenación obligatoria del patrimonio de los pueblos, es decir, que salta del plano jurídico al político para conseguir con esta medidas determinados efectos.

Aunque en principio los bienes comunales en sentido estricto están excluidos de la legislación desamortizadora, nos es preciso lanzar una breve ojeada sobre la misma, tanto para determinar con precisión el alcance de estas exclusiones como en razón a que en la práctica no se hizo con demasiado rigor esta separación de bienes, con el resultado de que muchos bienes comunales fueron enajenados. Ordinariamente se

(98) *Historia...*, cit., II. pág. 197.

vienen achacando a este respecto todas las culpas a la codicia del Estado. La realidad es que tan culpables fueron los propios Ayuntamientos que, pese a las constantes reiteraciones legislativas, no se preocuparon de defender los patrimonios comunales. No debe olvidarse tampoco la pasividad de los propios individuos interesados. Esta se debió en parte a egoismo —puesto que de esta manera se conseguía con frecuencia la adquisición de bienes comunales a bajo precio— y también a ignorancia. Durante muchos años tanto los pueblos como los vecinos acogieron con absoluta indiferencia una legislación amenazadora, que les afectaba a ellos íntimamente, pero que siempre creyeron era letra muerta de la Gaceta oficial; y cuando estas amenazas se convirtieron en realidad, se creyeron despojados inicuamente. No es este el momento de iniciar una defensa de las leyes desamortizadoras; pero justo es hacer constar que si consumaron la liquidación de los patrimonios de los pueblos, no se debió tan grave pérdida exclusivamente a ella sino a la colaboración, activa y pasiva, de los pueblos y de los vecinos.

La fluidez de fronteras entre los bienes comunales y los de propios contribuyó también ampliamente a la desamortización de los primeros. Como hemos visto, los Ayuntamientos podían convertir unos en otros mediante un simple mecanismo fiscal, apenas controlado, que en si mismo poca importancia tenía, pero que a partir de las leyes desamortizadoras resultó fundamental, puesto que acarreaba automáticamente la aplicación de sus disposiciones y, en consecuencia, su venta fulminante.

La justificación jurídica de la desamortización de los bienes de los pueblos no es nada fácil, y desde luego nunca se ha intentado seriamente (99). El apremio de las exigencias

(99) Dentro de la escasísima literatura moderna, son de destacar, entre los administrativistas, los trabajos de Cirilo MARTÍN-RETORTILLO, *El Municipio rural*, 1960, y "La desamortización y los municipios rurales", en *Revista de Estudios agrosociales*, núm. 6, 1954, páginas 83 y sigs., y Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, "Problemas actuales de los Municipios rurales", en *Problemas políticos de la vida rural*, 1961, págs. 271 y sigs.

financieras, y la primacía que se dio a las consideraciones económicas hicieron pasar a segundo término el aspecto jurídico de la cuestión, que nunca ha terminado de aclararse. La doctrina por otro lado ha sido muy escasa, y los abundantes libros que se han publicado sobre el tema se han preocupado casi exclusivamente de intentar ordenar la inabarcable masa reglamentaria y jurisprudencial referente a la materia. Bien es verdad que, en todo caso, habría de tratarse de una justificación *a posteriori*, pero es extraño que la ciencia del derecho no haya acudido, como es costumbre, a justificar unos hechos consumados que la realidad ha impuesto primero.

Los RR. DD. de 1852 y la ley de 1855 tienen muy poco en común: los primeros son, como hemos visto, simples habilitaciones de enajenación, puros cauces procedimentales de la facultad de los Ayuntamientos —que no se discute— de disponer sobre sus propios bienes. La ley de 1855, al imponer la desamortización obligatoria, dispone por sí misma de unos bienes que indudablemente no pertenecen al Estado, sino a los Municipios (prescindiendo del problema de los comunales).

La única justificación jurídica de esta medida puede encontrarse en el principio de la soberanía legal, en el imperio de las Cortes. La desamortización fue, en efecto, dispuesta por una Ley de Cortes, y es obvio que ellas no limitan su actuación a la esfera de la Administración central del Estado. Los Municipios, lo mismo que la Administración central, no gozan de exención alguna respecto de las Cortes. Y si no es preciso justificar una venta de bienes de la Administración central acordada en una Ley, tampoco es preciso hacerlo cuando los bienes pertenecen a los municipios, ya que si directamente pueden permanecer a éste, a la postre a quien pertenecen es a la nación. Una vez consumada la integración de todos los elementos del Estado en el mismo, una vez proclamada la soberanía de la Nación y de las Cortes es inimaginable la existencia de zonas exentas a dicha soberanía. Por esta razón

es también jurídicamente posible la liquidación de bienes comunales realizada por ley constitucional. Cosa que quizá no hubiera sido lícito en la época absolutista. Si una ley constitucional dispone de bienes comunales, quienes disponen de los mismos son los propios comuneros por el principio de la voluntad general.

Añadase a ésto el que jurídicamente la llamada desamortización no es más que una simple obligación de enajenar, pero respetándose el contenido dominical de los municipios-propietarios, puesto que se les reservaba el 80 por ciento del producto de las ventas (100), bajo la consideración de que el 20 por ciento restante era una simple detracción tributaria (101). La falacia real de esta actitud se demuestra al considerar que en la actualidad el valor de los bienes vendidos, es quizá mil veces superior al importe de las láminas en que se convirtió su precio, cuyos intereses son notoriamente irrisorios, y esto cuando tales láminas, originariamente intrans-

---

(100) Una tercera parte en metálico, con destino a obras de necesidad o utilidad pública, y el resto en inscripciones nominativas de la deuda consolidad al tres por ciento, cuyo valor fue disminuyendo progresivamente, no sólo por la inflación monetaria, sino por conocidas manipulaciones financieras: Al hacerse la conversión llamada de Camacho por Ley de 29.5.1882, se elevó, cierto, el interés en un uno por ciento, pero al reducir el capital al tipo del 43,75 por 100, las rentas anuales disminuyeron casi en una mitad. Posteriormente, la Ley de 7.7.1911 dispuso que los depósitos en metálico que se custodiaban en la Caja General de Depósitos, procedentes de la tercera parte del 80 por 100 de propios, se convirtieran también en láminas de la Deuda perpetua por un valor enteramente igual al que representaban los depósitos; y en cumplimiento de esta Ley y disposiciones complementarias, se hizo la conversión por una cifra igual, sin hacer diferencia alguna entre capital efectivo y capital nominal: un depósito de 100 pesetas en numerario se convirtió, asi, en una lámina de 100 pesetas nominales.

(101) Sobre la que vendrían a acumularse luego, un tanto arbitrariamente, nuevos impuestos: la Ley de 27.3.1900 gravó con el 20 por 100 los intereses de la Deuda Pública, en la que están comprendidas, naturalmente, las láminas de propios, y la renta de los Ayuntamientos sufre otra disminución. Quisieron los pueblos computar este impuesto para pagar al Estado "el 20 por 100 de propios", pero la Hacienda Pública declaró la compatibilidad simultánea de ambos tributos, alegando que aquel gravamen lo percibe en concepto de contribución sobre utilidades, con independencia de cualquier otro. Posteriormente quedaron las láminas sujetas al impuesto sobre las

feribles, no han desaparecido por completo (102). Basta comparar la situación económica de los municipios ordinarios con la de aquellos pocos que consiguieron mantener su patrimonio municipal para comprobar esta afirmación (103).

Según la *Ley de 1 de mayo de 1855*, desarrollada luego fundamentalmente por la Instrucción de 31.5.1855.

> Art. 1.: Se declaran en estado de venta ... todos los predios ... pertenecientes ... a los propios y comunes de los pueblos.
>
> Art. 2.: Exceptúase de lo dispuesto en el artículo anterior: noveno, los terrenos que son hoy de aprovechamiento común, previa declaración de serlo, hecha por el Gobierno, oyendo al Ayuntamiento y Diputación provincial respectivos. Cuando el Gobierno no se conformase con el parecer en que estuviesen de acuerdo el Ayuntamiento y la Diputación provincial, oirá previamente al Tribunal contencioso-administrativo o al acuerdo que hiciere sus veces antes de dictar resolución.

Ley de 11.7.1856, reformando la de 1.5.1855:

> Art. 1.: Se exceptúan de la venta ... la dehesa destinada o que se destine de entre los demás bienes del pueblo al pasto del ganado de labor de la misma población, caso de no tenerla exceptuada en virtud del artículo 2 de la ley de primero de mayo. El Gobierno fijará la extensión de la dehesa que haya de conservarse, atendidas las necesidades de cada pueblo, oyendo al Ayuntamiento y a la Diputación provincial.

---

personas jurídicas, creado por Ley de 29.12.1910. La Ley de 12.6.1912 ofrecía a los Ayuntamientos, como compensación por la supresión de los consumos, la renuncia del Estado a percibir el impuesto de 20 por 100 de propios; pero el artículo 41 del Decreto-Ley de 29.6.1926 dispone de nuevo la exacción de ese impuesto, "sea cualquiera la situación de los Ayuntamientos respecto del impuesto de consumos". Cfr. MERINO PÉREZ, *El rescate de bienes comunales*, 1933, páginas 37 y sigs.

(102) Las llamadas leyes moratorias posibilitaron el empleo de estas láminas para compensar las deudas de los Municipios con el Tesoro. Otro medio de liquidación fue la autorización, prácticamente incontrolada, del Ministerio de la Gobernación, para invertir su importe en obras de necesidad o utilidad pública.

(103) El problema queda ya apuntado en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Problemas...*, cit., pág. 295.

Posteriormente, la R .O. de 17.4.1886, dictando disposiciones para el cumplimiento del R. D. de 13.4.1886 (104), determinaba:

> No serán admisibles como medio supletorio de prueba de la propiedad sobre el terreno objeto de la solicitud, a falta de los títulos originales o sus copias, otros instrumentos que las informaciones *ad perpetuam*, practicadas hasta la publicación de la Circular de esta Dirección General de 2.10.1862 ante los Alcaldes y desde entonces en adelante, ante los Jueces de primera instancia con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil (105).

Posteriormente, la Ley de 8.5.1888 supone una ratificación de los criterios existentes sobre la materia, a los que se eleva el rango de ley:

> Art. 26. En los expedientes de excepción de terrenos en concepto de aprovechamiento común, informará la Junta provincial de Agricultura, acerca de la extensión que puede concederse para satisfacer el objeto que con ellos pretenda el pueblo interesado.

5. Las consecuencias prácticas de estas ventas masivas de bienes comunales, que en vano se pretendía contener, nos son todavía desconocidas. Sólo a fines del siglo XIX, cuando ya buena parte de la desamortización se había consumado, aparecen estadísticas de cierta confianza.

Según la *Reseña geográfica y estadística de España*, publicada en 1888, en el quinquenio 1876-1880 el promedio anual de las superficies aprovechadas en *montes* comunales y dehe-

---

(104) "Sobre la pronta terminación de los expedientes de reserva de terrenos comunes y dehesas boyales". Por cierto que en su exposición de motivos se hablaba de la "... necesidad, cada dia más imperiosa de que el Estado entre en posesión de lo que las leyes le han asignado, así como de que los pueblos legitimen la posesión y el disfrute de lo que les corresponde".

(105) La información *ad perpetuam* habia sido establecida ya por una Circular de la Dirección de Propiedades y Derechos del Estado de 2 de octubre de 1862, con cierto carácter limitado, y en los casos de falta de títulos o documentos acreditativos de la propiedad o posesión del pueblo. (Sobre la interpretación de esta Circular, cfr. el R. D. S. de 24.9.1880.)

sas boyales ascendía a 4.800.000 hectáreas. En 1896 el Ministerio de Hacienda corroboró estos datos, afirmando que en aquel año los montes de aprovechamiento común y dehesas boyales patrimonio de los Ayuntamientos sumaban 4.100.000 hectáreas.

En 1950, según cifras publicadas por Javier RUIZ ALMANSA, los bienes comunales, tanto montes como cultivos, de los Municipios ascendían a 2.711.000 hectáreas (106).

Recientemente, en el *Informe sobre el desarrollo económico de España* del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento se habla de la existencia de 7.900.000 hectáreas de terrenos comunales en 1958, cifra un tanto elevada que, por no indicar la fuente de procedencia en que se basa, debe ser aceptada con muchas reservas; máxime cuando en la misma pudieran comprenderse también "los terrenos comunales pertenecientes a grupos de particulares", a los que también se alude en el mismo párrafo (107).

A título puramente aproximativo —ya que, como es obvio, no pueden identificarse bienes comunales con montes municipales— damos noticias del siguiente dato, que, al menos, supone una garantía por su fuente y su fecha: según estadísticas de la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, los montes de las Entidades locales ocupan una extensión de 8.085.000 hectáreas, exactamente el 30 por 100 de las masas forestales del país (108).

---

(106) Datos tomados de la *Historia de España y América*, dirigida por VICENS VIVES, t. V, 1959, págs. 87-88.

(107) Páginas 403 y 404 de la edición española, 1962. Aunque con ciertas reservas, este Informe se muestra contrario a la subsistencia de los bienes comunales, llegando a afirmar que "es preciso examinar si estas tierras, con un régimen comunal, acusan siempre el ritmo deseable de mejora. En regiones como la franja de alta pluviosidad del Norte, hay extensas tierras comunales que probablemente atraerían inversiones privadas y pasarían rápidamente a usos superiores si fueran de propiedad individual. La transferencia de tales tierras a propiedad privada podría constituir una aportación importante a la producción general de la agricultura" (pág. 404).

(108) *Los montes españoles*, Publicación del Ministerio de Agricultura. Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, 1963, pág. 52.

Aunque parezca increíble, no existen datos concretos —ni aproximados— sobre la situación de los bienes comunales. No faltan esfuerzos administrativos, que han intentado remediar este estado de cosas; pero todos han fracasado tanto por la enorme pasividad de las Corporaciones locales como por la negligencia de la Administración central. El siguiente ejemplo es muy significativo al respecto: la Circular de la Jefatura Superior del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones locales de fecha 8 de octubre de 1959 ordenó a las Entidades locales que dentro de ese mismo año enviasen una circunstanciada Memoria, que había de abarcar, nada menos, que los siguientes extremos: *a)* Relación de bienes de carácter comunal que pertenezcan a la Entidad. *b)* Mención especial de los montes que en su demarcación tienen carácter de comunales, situación, superficie y clase de aprovechamientos. *c)* Servidumbres establecidas a favor de la comunidad de vecinos en montes de propios del Municipio, de la Provincia, de otros Municipios o de propiedad particular. *d)* Forma de aprovechamiento. *e)* Si el disfrute y aprovechamiento es ordenado por la comisión gestora, por el Ayuntamiento, por la Junta vecinal o por Junta o Comisión administrativa formada por los vecinos. *f)* En el supuesto de que para el aprovechamiento rija la costumbre tradicional u Ordenanza aprobada por el Ayuntamiento, deberán acompañarse los antecedentes documentales o la justificación de la costumbre. Los datos enviados con este motivo a la Dirección General de Administración Local constituyen un material, ciertamente imperfecto, pero minuciosísimo, y que debidamente depurado, podría constituir una base, más que útil, imprescindible para cualquier toma de posición que en el futuro se haga sobre los bienes comunales. Pues bien, nada se ha hecho hasta la fecha.

CAPITULO XVI

PRESENTE Y FUTURO DE LOS BIENES COMUNALES

I. Problemática actual de los bienes comunales.

II. Bienes comunales de pequeña y mediana extensión.

III. Bienes comunales de gran extensión.

IV. Mancomunidades municipales constituídas en agrupaciones forestales.

V. Presente y futuro de los bienes comunales en la obra de Sir G. Clauson.

VI. Conclusión: El moderno espíritu de la comunalidad.

Desde la perspectiva jurídico-normativa e histórica con que este libro se ha redactado, pudiera decirse que su contenido termina en el capítulo anterior. Ahora bien, la obra quedaría incompleta se no hiciéramos una referencia —al menos sumaria— al tema de este nuevo capítulo, en el que hemos de adentrarnos, sin embargo, con grandes reservas, ya que afecta a temas económicos y sociológicos, que en modo alguno deben ser desconocidos por un jurista, pero que, desde luego, un jurista no es el más adecuado para resolver. Hechas estas salvedades veamos primero la:

I. PROBLEMATICA ACTUAL DE LOS BIENES COMUNALES

En esta época de la precisión económica y de la precisión jurídica, la nota más característica de los bienes comunales es, paradójicamente, la incertidumbre. Dejando aparte la inseguridad (más bien aparente) de su origen y naturaleza y de algunos aspectos de su régimen, vamos a examinar ahora los aspectos más agudos de esta incertidumbre a que acaba de apuntarse.

1. *Incertidumbre material.*

Cuando se tiene una cierta práctica de la realidad municipal o se han examinado algunas docenas de expedientes administrativos, la nota que primero llama la atención es la inseguridad con que califican los Ayuntamientos —tanto en

el Inventario como en el Registro de la Propiedad o en las Ordenanzas especiales— a sus propios bienes. No obstante la contundencia con que se expresa la LRL y el RB, es lo cierto que la subdivisión de los bienes patrimoniales —de propios y comunales—, apenas si tiene efectividad, y en un momento determinado, es casi imposible determinar si nos encontramos ante un bien comunal o de propios.

La raíz de este curioso fenómeno se encuentra de ordinario en el olvido sistemático del principio de gratuidad.

A lo largo de este libro hemos tenido ocasión de ir comprobando cómo la gratuidad —y la arbitración— fueron los criterios que sirvieron para calificar los bienes de comunales o de propios durante la época desamortizadora, y cómo sigue siendo hasta hoy este criterio el más fácilmente comprobable: los bienes comunales son de aprovechamiento gratuito (art. 193 LRL), mientras que los bienes de propios producen renta. Pues bien, a la hora de la verdad es lo cierto que la mayor parte de los bienes de propios arrendados a los vecinos pagan una contraprestación notablemente inferior a la normal, y por su parte, la inmensa mayoría de los bienes comunales están sujetos a un canon muy superior al que autoriza el artículo citado (es decir, "para compensar estrictamente los gastos que se originen por la custodia, conservación y administración de los bienes") (1), con el resultado de que ambas contraprestaciones, en teoría muy desiguales, vienen a equipararse en la práctica.

La inevitable consecuencia de esta doble tendencia es que el criterio de la gratuidad ya no nos vale para precisar el carácter de los bienes o, lo que es peor, que si se interpreta rigurosamente el significado de la contraprestación se termina considerando como bienes de propios a casi todos los integrados en el patrimonio municipal.

---

(1) En varios centenares de presupuestos municipales se encuentran indefectiblemente partidas, más o menos elevadas, resultantes de la "subasta de los pastos comunales", subasta a la que de ordinario concurren ganaderos forasteros.

La catástrofe desamortizadora fue un duro escarmiento que garantizó durante unos cuantos años el aprovechamiento gratuito de los bienes comunales; pero al cabo de dos generaciones la lección fue olvidada y empezaron a exigirse algunos pequeños cánones, perfectamente legales, que con el tiempo se han generalizado en los términos más abusivos e inadmisibles. La crónica penuria de las haciendas municipales explica el fenómeno que, además, suele encontrar una justificación en la inexistencia, no ya de una Caja, sino de una simple contabilidad separada que ponga de manifiesto los gastos de conservación de los bienes comunales. Muy al contrario, lo que sucede es que los guardas municipales al custodiar el término vigilan al tiempo los bienes comunales y, en general, todos los gastos que ocasionan estos bienes se incluyen en los presupuestos de una manera indiferenciada. Con el resultado de que, al no llevarse una contabilidad especial de los mismos, no hay modo —ni interés— de graduar el canon de aprovechamientos en proporción de los gastos.

El vecino, por su parte, paga dócilmente las cantidades que se le exigen, variables cada año y siempre más elevadas, pues ha perdido la conciencia de su titularidad propia, y presiente, además, que si no lo paga por este concepto le será exigido de alguna otra manera, ya que, al fin y al cabo, los gastos municipales han de cubrirse a sus expensas. Lo cual puede ser cierto en ocasiones; pero es juridicamente inadmisible y, además, puede provocar graves consecuencias no previstas ni por los vecinos ni por los Ayuntamientos: a saber, la imposición contributiva estatal, de la que están exentos los bienes comunales, pero no los de propios.

Es muy frecuente el caso de que algún Ayuntamiento se vea sorprendido en una revisión catastral o de amillaramiento por la inclusión de sus bienes comunales en los padrones de Contribución rústica en razón a los cánones que percibe de los beneficiarios. En estos casos la actitud del Ministerio de Hacienda es correcta y se halla respaldada por una unánime jurisprudencia, ya que los bienes comunales no tienen por qué producir ingresos. Lo curioso del caso es que de or-

dinario, como los cánones que se imponen son muy bajos (aunque superiores, por descontado, a los gastos de conservación de los bienes), apenas si se llega con ellos a cubrir el importe de los talones de contribución; con la consecuencia de que los aprovechamientos dejan de ser gratuitos, pero la Hacienda municipal nada sale ganando con ello.

Conviene advertir, sin embargo, que estas situaciones no son tan graves como las que se produjeron en la época desamortizadora, ya que entonces la ausencia del aprovechamiento común provocaba la enajenación del bien, lo que era irreparable, mientras que ahora sólo se produce una gravación impositiva. Más aún, nosotros entendemos que la obligación de pago de la contribución no tiene carácter definitivo, ya que si el Ayuntamiento, bien sea de oficio o por reclamación de los vecinos, deja de imponer el canon de aprovechamientos, probada que sea la condición comunal de los bienes, polrá exigirse de la Hacienda una nueva declaración de exención. Recuérdese que la imposición del canon no transforma la naturaleza del bien, que seguirá siendo comunal, a pesar de ellos. La circunstancia de que produzca rentas o ingresos al Municipio no provoca un cambio de naturaleza, sino la presunta ilegalidad del canon. Por otro lado —y esto es fundamental—, no puede darse un significado general a la mecánica de excepciones e inclusiones contributivas del Ministerio de Hacienda, cuyos efectos no pueden traspasar el ámbito propio del ordenamiento fiscal. Dicho con otras palabras: por la imposición de un canon, los bienes comunales dejan de serlo a *los solos efectos de la excención del impuesto de contribución rústica.*

2. *Incertidumbre jurídica.*

Aunque sus efectos no sean tan graves como los de la incertidumbre material u objetiva, antes aludida, no es menos extendida la incertidumbre jurídica que reina en torno de los bienes comunales. Forzoso es reconocer que, salvo

muy contadas excepciones, los vecinos ignoran sus propios derechos, más exactamente: esa titularidad compartida que ostentan sobre los mismos que explica las peculiaridades de su régimen, y que, por lo mismo, no saben defender.

La experiencia del foro enseña que cuando los vecinos quieren defender sus derechos, pretenden indefectiblemente un reconocimiento de la naturaleza civil de los bienes, como medio más seguro de liberarse de la pesada tutela administrativa o, si se quiere, de privar al Municipio de los derechos que a éste corresponden. Pero esta actitud —por muy sugestiva que aparezca— no es oportuna en todos los casos, ya que, como hemos visto a lo largo de este libro, las soluciones civiles son verdaderamente raras. Por otro lado, hasta hace poco existía también el escape de incluir los bienes comunales litigiosos en alguna variedad atípica (como los montes de mano común de los vecinos de Galicia); pero ya hemos visto que esta solución es hoy también prácticamente inoperante, desde el momento en que la intervención administrativa sobre tales bienes comunales atípicos no es menos fuerte que la que actúa sobre los bienes comunales típicos.

Tampoco hay que olvidar, por último, que esta incertidumbre jurídica puede producir otra consecuencia exactamente contraria, a saber, que los Municipios, por su parte, amparándose en la confusión, pretenden absorber los bienes comunales dentro de su partimonio de propios, despojando a los vecinos de sus legítimos derechos a los aprovechamientos. Obsérvese que, en uno y otro caso, el resultado en definitiva es el mismo: usurpados por los vecinos o por el Ayuntamiento, es un hecho que los bienes comunales terminan por desaparecer.

3. *Intervención de la Administración forestal.*

En esta encrucijada de tendencias y apetitos en que se encuentran los bienes comunales, junto a los del Ministerio de Hacienda, de los vecinos y de los Municipios, hay que con-

siderar también los que proceden del Ministerio de Agricultura.

Ya hemos tenido ocasión de comprobar que en la regulación de los bienes comunales juegan dos aspectos —el administrativo y el técnico—, el segundo de los cuales está encomendado al Ministerio de Agricultura. Parece lógico que en una exacta delimitación de funciones para nada se vean afectados los bienes comunales en esta dualidad de competencias; pero fácil es imaginar que ésto no es así. El Ministerio de Agricultura, dirigido siempre por respetables criterios "técnicos", tiende a infravalorar los criterios administrativos y, más concretamente, suele tipificar el régimen de sus montes en una serie de variedades un tanto rígida, que deja muy poco margen a las especialidades de la comunalidad. Y aunque bien es verdad que como correctivo a esta actitud opera —o debe operar, al menos— la actividad administrativa de los Ayuntamientos (especialmente dentro de los cauces del art. 192 LRL), es lo cierto que con frecuencia ésto no sucede así, el Ayuntamiento no actúa con el celo debido, y los criterios igualitarios del Ministerio de Agricultura terminan por imponerse.

Un ejemplo aclarará lo dicho: ¿cuántas veces no se decide la repoblación de un monte comunal sin contar para nada con la voluntad —y aún con la oposición— de los vecinos, aunque con ella deban interrumpirse aprovechamientos colectivos tradicionales? De ordinario la repoblación tiene lugar mediante un consorcio, y en sus cláusulas, a la hora de señalar la proporción en la repartición de los beneficios, suelen dejarse a un lado los derechos de los vecinos. El fenómeno, además, se encuentra grandemente favorecido por la circunstancia de que la repoblación implica necesariamente un largo período de tiempo en que deben ser suspendidos los aprovechamientos, y en el que inevitablemente se ha de relajar la difusa conciencia comunal; pero que en ningún caso —como tuvimos ocasión de señalar en el capítulo X— debe dar lugar al desuso tipificado en el art. 194 LRL.

La frecuencia de estos abusos fue causa de que en el párrafo 3 del art. 23 RM se dispusiese que

> cuando se trate de montes objeto de consorcio para su repoblación entre el Estado, las Diputaciones provinciales y las entidades titulares, de los comprendidos en este artículo, deberá quedar precisada en las bases del consorcio la proporción en que se distribuirá la participación de la entidad titular, especificando la parte que corresponda de ella a dicha entidad y a los vecinos con derecho a disfrute.

Nosotros entendemos que tal precaución debe tomarse en todo caso de montes comunales y, cuando menos, debe hacerse constar esta circunstancia para garantizar esta calidad, que a veces no se encuentra suficientemente salvaguardada con las garantías del Catálogo de Montes, Inventario y Registro.

4. *Usurpaciones.*

Al hablar de la problemática actual de los bienes comunales, forzoso es hacer —una vez más— referencia al tema de las usurpaciones, que en opinión de muchos autores es el peligro más grave que les aqueja. ¿En que Municipio puede afirmarse que no se han usurpado bienes comunales e, incluso, que no se encuentran algunas de sus parcelas en vías de usurpación?

Pero la recuperación de los bienes comunales indebidamente ocupados por los vecinos tropieza con muchas dificultades, unas de orden ético (posible acuerdo entre el usurpador y las autoridades), otras de orden jurídico, y las más de orden psicológico (es precisa mucha energía y exponerse a una enemistad que ha de durar durante generaciones, para desalojar a un usurpador, que es convecino y con el que, en mayor o menor grado, se está emparentado, e indefectiblemente media alguna relación de intereses).

Estos son factores propios de toda Administración local a pequeña escala. Añádase a esto el riesgo que supone una

acción judicial que impone la falta de habilitación para una recuperación administrativa, al cabo de un año de usurpación. La intervención de los Tribunales es, además, costosa, y no todos los Ayuntamientos están dispuestos ni cuentan con medios necesarios para correr una aventura de este tipo, cuyo resultado no es seguro siempre.

En todo caso, las consecuencias son evidentes: el patrimonio comunal se desmorona en una serie de parcelas usurpadas, de recuperación cada vez más difícil y que, pese a las prevenciones de la legislación local, terminan fatalmente por consolidarse un día.

Usurpaciones son también, en cierto sentido, las cesiones, donaciones y demás figuras afines que con variada terminología están teniendo lugar a diario y sin la menor justificación. Nada pueden en contra ni los preceptos de la legislación, ni el celo del Servicio de Inspección y Asesoramiento. La generosidad —en el supuesto crítico más benévolo— de las autoridades locales sabe siempre encontrar medio para que la transmisión de la posesión tenga lugar a favor de particulares o de la Entidad agraciada, y para situar a los vecinos ante unos hechos consumados que, además, ponen en movimiento el inexorable mecanismo del proceso prescriptorio.

5. *Evolución consuetudinaria.*

Cuando se repasan los informes locales es frecuente encontrar alusiones de este tipo: "antiguamente", "hasta hace pocos años", "antes"... se regulaban los aprovechamientos vecinales conforme a normas consuetudinarias, que hoy se han sometido a revisión por haberse revelado manifiestamente inadecuadas a la situación actual. Los autores se lamentan indefectiblemente de que "hasta ayer mismo" se han conservado venerables costumbres, que hoy han desaparecido, dando lugar a que el consuetudinarismo popular esté más cerca de la arqueología que de la sociología.

La mayor parte de los libros de ordenanzas de aprovechamientos vecinales que se conservan son simples transcripciones literales de un original más antiguo, y en la primera página se advierte que el Concejo ordenó realizar esta copia atendiendo a que con el transcurso de los años y el uso constante, el ejemplar anterior se había hecho casi ilegible. Y cuando casualmente aparece el ejemplar anterior también puede comprobarse que tampoco es original, sino que se remite a otro primitivo, desgastado por el tiempo, y del que es copia más o menos fiel. De esta manera se ha ido conservando en la vida local hasta hace muy poco tiempo el "viejo y buen derecho".

Pero es indudable que estas relaciones han desaparecido hoy por completo, salvo excepciones. La profunda renovación social y agraria de las últimas décadas ha alcanzado, como no podía ser menos, los últimos rincones del país y transformado sus estructuras económicas y sociales. La pausada evolución consuetudinaria de los otros siglos ha experimentado una brusca aceleración, que casi significa una ruptura con el pasado. Sólo en muy pocos sitios continúan los vecinos fabricando por si mismos en el monte comunal la teja y el yeso que necesitan para la reparación de sus hogares, y hoy es mucho más rentable buscarse un jornal y comprar con el salario una botella de gas butano, que acarrear del monte unas cargas de leña. El bracero medio de ayer —el ayer de hace veinte años— era indefectiblemente propietario de un asno, que le servía para el acarreo de leña y para cultivar, con ayuda de un compañero, la pequeña parcela comunal. Hoy el obrero de campo va en bicicleta al trabajo, se alumbra con carburo o electricidad y si tiene una parcela del común, se la cultiva el tractor del "amo", que, por cierto, va dejando de ser "amo" para convertirse en empresario o empleador.

No faltan motivos para añorar estas viejas formas de vida, de cuya desaparición nuestra generación es testigo; pero no se trata aquí de añorar y ni siquiera de valorar. Nos encontramos sencillamente ante un *hecho* que es preciso tener en

cuenta a la hora de estudiar los aprovechamientos vecinales de la España en que vivimos. Sobre ello seguiremos insistiendo en el epígrafe V de este capítulo.

II BIENES COMUNALES DE PEQUEÑA Y MEDIANA EXTENSION

A la hora de analizar, no ya la regulación jurídica de los bienes comunales, sino su situación actual y las perspectivas que parecen ofrecerse a su destino en el futuro, debe hacerse un estudio separado de los de pequeña y mediana extensión, por un lado, y de los de gran extensión, por otro, ya que, como vamos a ver, sus posibilidades son muy distintas. Iniciando nuestro trabajo por los primeros, vamos a ir examinando sumariamente las distintas variedades de su utilización, y el interés que en la actualidad ofrecen.

A) *Pastos.*

El pastoreo colectivo en los ejidos o prados comunales de pequeña extensión sigue jugando un importante papel en las economías rurales poco desarrolladas e, incluso, no es de temer que este interés decrezca con el transcurso de los años. La mecanización del campo no puede, ni debe, suprimir radicalmente el ganado de labor, que puede mantenerse en ellos durante la época de huelgo y, por otra parte, la explotación colectiva por el sistema de dula o piara concejil, en nada se ve perjudicada por la moderna evolución de las técnicas ganaderas, ya que gracias a ella pueden los vecinos no propietarios ni ganaderos disponer a muy bajos precios de leche —e incluso algo de carne— para el consumo familiar. La experiencia demuestra que no decae el interés por el rebaño de dula, aunque evolucionen las condiciones económicas y

sociales del pueblo, siempre que éste no aumente su extensión, ya que la función y explotación de la dula exige inexcusablemente un reducido núcleo urbano. En conclusión: el pastoreo colectivo en los prados comunales es y seguirá siendo rentable en los pequeños núcleos rurales cuando su destino sea la producción ganadera para el consumo familiar; en cambio, cuando se trata de explotaciones industriales podrá verse afectado por la evolución de la técnica ganadera, que para lograr una productividad rentable va exigiendo cada vez mayores costos en la alimentación y estabulación, incompatibles con el régimen colectivo, cuyo secreto no se encuentra en una producción elevada, sino en unos costos reducidos.

B) *Leñas.*

En el epígrafe anterior se citaban los aprovechamientos vecinales de leñas como ejemplo de la pérdida de valor que han experimentado a causa de la evolución de los tiempos. En los pueblos en que aún se mantienen no es infrecuente observar que quedan desaprovechados. La leña va utilizándose cada vez menos como medio de combustión y, en todo caso, el valor del trabajo empleado en su corta y acarreo puede superar al de la leña en sí. Y lo mismo puede decirse —o más aún— respecto del carboneo.

C) *Maderas.*

Aquí nos encontramos ante una situación muy distinta. Frente a la enorme depreciación del valor de la leña, los precios de la madera son cada vez más altos. Pero aquí, en cambio, lo que ha experimentado una gran transformación ha sido el arte de construir o, si se quiere, la utilización familiar de las maderas.

Como es sabido, los auténticos aprovechamientos vecinales madereros se refieren al empleo de troncos o vigas en las

construcciones domésticas y en la reparación de los edificios de los vecinos. En una economía artesana, esto tenía gran importancia, ya que se construía fundamentalmente con madera, piedra, adobe (barro prensado), teja y yeso, productos todos ellos que podían obtenerse gratuitamente de un monte comunal. Pero este sistema tiende a desaparecer. Hoy se construye de ordinario con materiales no autoelaborados, sino fabricados en un proceso de división del trabajo. En este sentido la madera de construcción, aún siendo extraordinariamente cara, es un dato más en los costos generales de edificación.

Como consecuencia de esta evolución, el bracero ha perdido la posibilidad de construirse su propia casa y cada vez va teniendo menos necesidad de madera para la reparación o construcción de su vivienda. Hoy sólo edifica un tanto por ciento muy reducido de los vecinos de un pueblo, produciéndose con ello una notable desigualdad en los aprovechamientos. Si a esto se añade el riguroso planteamiento dasocrático de los aprovechamientos, que sólo autoriza los cortes cuando el ciclo forestal lo permite, y no cuando lo necesitan los vecinos, hemos de reconocer que los aprovechamientos madereros vecinales en sentido auténtico están perdiendo su razón de ser, y cada vez han de resultar más anacrónicos.

Y sin embargo, no obstante los anteriores razoznamientos, que parecen irrebatibles, es un hecho que estadísticamente son quizá los aprovechamientos madereros los que tienen hoy un papel más importante dentro de los bienes comunales. ¿A qué se debe esto? La razón es muy sencilla: se trata de una desviación del significado genuino del aprovechamiento comunal. Si hoy los pueblos se aferran a la conservación de sus montes comunales, y son innumerables los pleitos que tienen por objeto el mantenimiento exclusivo de los mismos, con la correspondiente exclusión de los no vecinos, o de los vecinos no privilegiados (lo que ha tenido su consagración legal en el art. 192,4 LRL), ello se debe a que la madera cortada no se emplea para satisfacer las necesidades propias o familiares, sino para su venta o explotación industrial.

A primera vista los resultados de esta situación no pueden ser más injustos. Con ellos se tiene que los vecinos de los pueblos que por azar salvaron sus montes comunales, disfrutan hoy de una renta o pensión resultante de la venta de las maderas, lo que tiene lugar en ocasiones sin el menor esfuerzo por su parte. La desigualdad es todavía más flagrante cuando se contemplan los casos en que se ha aplicado el número 4 del artículo 192,4 LRL citado, y se ve que cuando llega la hora de hacer las liquidaciones algunos vecinos son excluidos de la generosa repartición que tiene lugar en el Ayuntamiento.

En los últimos años el Tribunal Supremo ha dictado una larga serie de sentencias sobre uno de estos casos (que hemos tenido ocasión de ver al estudiar el art. 192,4 LRL): los llamados "pinos de privilegio", concedidos por un monarca Borbón a los vecinos de un pueblo serrano, y que colocan hoy a sus descendientes en una situación de privilegio respecto de los demás vecinos y, por descontado, respecto de los vecinos de los pueblos colindantes. La expresión no puede ser más significativa: *privilegio.* Pero el privilegio es la antítesis del régimen administrativo moderno basado en la igualdad. El Estado moderno —el régimen administrativo— nació el día en que se abolieron los privilegios y los ciudadanos perdieron su estatuto particular, que quedó unificado bajo el principio de la igualdad ante la ley. La Revolución francesa, como nuestras Cortes de Cádiz, se esforzaron por aniquilar los privilegios del monarca y del clero y de los nobles, de los militares y del honrado Concejo de la Mesta..., pero los "pinos de privilegio" (es un símbolo) escaparon a su legislación. Los habitantes de los pueblos próximos consideran la desigualdad como una injusticia irritante, y no les falta razón.

Ahora bien, dejando a un lado la fácil demagogia, la valoración de estos privilegios es bastante más complicada. Cierto es que toda desigualdad es irritante y que el régimen administrativo tiende precisamente a suprimirlas (2); pero

(2) Concretamente los llamados "pinos de privilegio" fueron con-

aun así está muy lejos la Humanidad de haber encontrado una fórmula medianamente satisfactoria. En todos los pueblos hay propietarios fuertes y medianos y otros vecinos desposeídos de toda fortuna, lo que jurídicamente es perfectamente explicable. Pues bien, no hay que olvidar que, después de todo, los vecinos de los pueblos privilegiados, al beneficiarse de unos aprovechamientos madereros disfrutan de lo *suyo,* y el origen de su riqueza se encuentra en la habilidad y energía de sus antepasados (o quizá el azar) que lograron conservar un patrimonio comunal no más extenso que el que hace unos siglos también poseían todos los pueblos de España.

Por otro lado, la igualdad general del régimen administrativo no significa necesariamente una igualdad material; es más, el Estado moderno, en su lento caminar hacia una igualdad más intensa, provoca cada día desigualdades importantes: las carreteras y los ferrocarriles llevan vida a unas poblaciones, pero dejan olvidadas a otras, no a todos los pueblos se dota de agua corriente, energía eléctrica y teléfono. Y si se objeta que todos estos servicios cubrirán tarde o temprano todo el territorio nacional, piénsese en otras obras públicas, ajenas a la *Daseinvorsorge,* pero que el Estado acomete cada día: las grandes obras públicas de colonización, regadíos, concentración parcelaria, que benefician sólo a unos cuantos pueblos determinados. Sin olvidar otras circunstancias más bien debidas al azar: la construcción de una base aérea, de un polo industrial, etc., que enriquecen súbitamente a unos cuantos propietarios y elevan el nivel de vida de una región.

Y tampoco deben olvidarse, por último, las circunstancias, no ya administrativas, sino puramente naturales, que provocan las más grandes desigualdades: piénsese en los diferentes

---

cedidos a un pueblo serrano en atención a su extrema pobreza, para ayudar a subsistir a los vecinos; dicho con otras palabras, para compensarles de la desigualdad provocada por las durezas de la naturaleza.

niveles de vida de los pueblos turísticos en relación con los colindantes.

Así las cosas ¿cómo valorar las situaciones creadas por los aprovechamientos madereros vecinales de que estamos hablando? Por un lado, es claro que no deben ser suprimidos por superficiales consideraciones demagógicas; pero por otro lado, es evidente que la Administración no puede contemplar impasible un enriquecimiento pasivo allí donde pueda intervenir para remediarlo. En este lugar no se trata de descubrir fórmulas que resuelvan los casos concretos reales, o los hipotéticos que puedan imaginarse. En todo caso podría propugnarse un respeto a los derechos de los vecinos pero, o bien limitándoles a sus necesidades naturales, o bien subordinando su enriquecimiento industrial a una participación activa en el aumento de la riqueza. Dicho con otras palabras: debe restringirse en lo posible, y hasta suprimirse, la idea de que la titularidad vecinal viene a ser algo similar a una participación en una sociedad capitalista, que da derecho a unos beneficios sin aportación o trabajo de ninguna clase. Si la propiedad en general debe cumplir una *función social* que exige al propietario una determinada actividad, este mismo principio —debidamente potenciado— justifica la actividad del vecino en la conservación y fomento de la riqueza nacional, como título habilitador de sus aprovechamientos.

D) *Cultivo agrícola.*

El aprovechamiento agrícola de los bienes comunales, tal como viene realizándose hasta ahora, está perdiendo interés de una manera progresiva, y por diversas razones: de un lado —y como ya se ha apuntado— debido a la falta de ganado y aperos de los braceros no agricultores, así como al hecho frecuente de que es más rentable trabajar por cuenta ajena mediante jornal, que no en la parcela propia; al menos así sucede en las regiones en que no existe paro; lo que no es, en definitiva, más que la aplicación del principio de la división

del trabajo frente a la técnica arcaica del autoconsumo. Y por otro lado, debido a los cambios de las condiciones de existencia. Todavía en la primera mitad del siglo, consideraban los campesinos que su seguridad vital estaba garantizada con una suficiente provisión de trigo y un cerdo (pan y cebada producida en la parcela comunal) y que los jornales esporádicos de invierno, y la excelente y fija soldada de verano, podrían proveer a las demás necesidades. Hoy el trigo ha dejado de ser la base de la alimentación, con la consecuencia de que las necesidades vitales ya no pueden ser cubiertas directamente por la parcela comunal, sino que precisan de una manera continua los rendimientos del trabajo personal.

Pero aún surgen mayores inconvenientes si consideramos las variaciones introducidas en la técnica agronómica. La moderna revolución del campo ha impuesto como único medio de supervivencia del sector agrícola un sistema de cultivo basado en la utilización sistemática de una adecuada maquinaria, lo cual sólo es posible en unidades fundiarias de cierta extensión. La concentración parcelaria es hoy necesaria en cuanto gracias a ella pueden formarse explotaciones agrarias "sanas", es decir, explotaciones que aseguren una debida productividad al trabajo en ellas empleado. Pues bien, el cultivo agrícola de los bienes comunales presupone una parcelación que va precisamente en contra de la moderna tendencia a la concentración, y que hace inrentables las pequeñas superficies obtenidas de la división (3).

No obstante estas consideraciones, el futuro —y no un futuro lejano e hipotético, sino el día de mañana en su sentido más riguroso— puede traer nuevas fórmulas que revitalicen el decadente sistema de este tipo de cultivos. Nos estamos refiriendo al sistema de cooperativas o explotaciones colectivas, en las que muchos autores ven la salvación de la agri-

(3) Este no es el caso, sin embargo, cuando se trata de los llamados huertos familiares o el de los cultivos de regadío, que no precisan una gran extensión, al no poderse aplicar, de ordinario, en ellos una maquinaria adecuada.

cultura en general, y por cuyos senderos ha empezado a caminar, más o menos inseguramente, la legislación española (4). Según esto, la revolución industrial y técnica es compatible con las pequeñas propiedades, siempre que éstas se agrupen para formar unidades rentables de cultivo. Los labradores conservan su propiedad individualizada, pero para los cultivos se emplea una maquinaria común y un trabajo comunitario, debidamente planificado. La organización de este tipo de explotación —piedra filosofal de los agraristas de hoy—, viene encontrando hasta la fecha la resistencia de los campesinos a abandonar su sistema de vida y de trabajo, tradicionalmente individualista. Pero si se piensa que precisamente en los bienes comunales no hay ninguna dificultad en cuanto a la concentración parcelaria (puesto que ya está realizada), ni en cuanto a los problemas técnicos de organización, por cuanto ya se cuenta con el Ayuntamiento, órgano representativo responsable, no parece aventurado afirmar que *los bienes comunales pueden constituir la base ideal para la futura explotación agraria de tipo corporativo.*

III. BIENES COMUNALES DE GRAN EXTENSION

La problemática de los bienes —ordinariamente montes— comunales de gran extensión, es completamente distinta a la de los que se han examinado en el epígrafe anterior. Aquí se trata de inmensas extensiones de terrenos sin cultivo, desparramados por las sierras y montañas del norte de España (en las mesetas y en el sur han desaparecido casi por completo).

1. En estos montes las viejas y pintorescas costumbres

---

(4) Orden de 25.6.1963, por la que se promueve la mejora estructural de las explotaciones trigueras, y Orden de la Delegación nacional de Sindicatos de 16.7.1963 sobre Estatutos-tipo de Agrupaciones sindicales de explotación en común.

tradicionales han encontrado su último refugio, y es difícil sustraerse al encanto y a la nostalgia de las ingenuas reuniones de los campesinos, de sus minuciosas deliberaciones y de la honrada ejecución de sus pintorescos acuerdos. El reloj de la historia se ha parado literalmente.

Pero tampoco debe desconocerse que también se ha perdido el ritmo de la economía y que el bello pintoresquismo no puede compensar el anacrónico sistema de los aprovechamientos. Las maderas se desaprovechan y pierden en incendios no prevenidos y, sobre todo, por la falta de carreteras que encarecen su extracción. No existen planes desocráticos de ninguna clase. Las talas y el pastoreo alternan arbitrariamente. En substancia (si descontamos la caza, que incluso es furtiva, dado el sistema regaliano que va imponiendo la Administración forestal), los únicos aprovechamientos son el miserable esquilmo, un pastoreo errante y la hierba de los prados naturales. Con el resultado de que —aunque parezca increible— apenas si pueden subsistir algunas centenas de familias sobre una extensión de varios miles de hectáreas de montes riquísimos, y la población debe emigrar hacia regiones, quizá menos fértiles, pero dotadas de una estructura económica más racional. El respeto a la tradición es aquí condena a una vida miserable, a una forma de civilización en muchos aspectos quizá superior a la del resto del país, pero inadmisible en su conjunto.

Esta actitud irrespetuosa e iconoclasta no sólo está basada en razones de orden económico, a las que repugna el desperdicio de esa riqueza tan importante para el resto de la nación —y que puede justificar fácilmente su base jurídica, invocando el conocido principio de la función social de la propiedad—, sino en las más elementales razones de ética administrativa: no puede admitirse que un sector de la población viva apartado de la evolución de los tiempos que, quiérase o no, ha producido un enorme aumento del nivel material de los ciudadanos.

Dicho con otras palabras: la evitación de perjuicios o tras-

tornos en la economía nacional sería ya una causa suficiente para justificar la intervención administrativa y la modificación de este sistema de aprovechamientos, aun a costa de la mutilación de alguno de los privilegios de los beneficiarios; pero es que, apurando las cosas, el vivir en tales condiciones no es un privilegio, sino una servidumbre, puesto que el nivel de vida de los pretendidos beneficiarios es muy bajo. De aquí que la intervención administrativa puede justificarse sencillamente por invocación del principio de la necesidad de garantizar un "mínimo vital" a todos los ciudadanos. Es decir, la misma razón que justifica, aun en contra de la voluntad del interesado, la estirpación del chabolismo, la vacunación obligatoria o, más concretamente, el cultivo forzoso de algunos productos.

2. Pero no hay que achacar solamente a la ignorancia de los montañeses y a un excesivo apego a sus costumbres tradicionales, la causa, de su retraso económico. Forzoso es reconocer que si estas fórmulas tradicionales han resultado insuficientes, no son menos imperfectas las fórmulas que hasta ahora ha arbitrado la organización administrativa y el derecho en general; de tal manera que las viejas costumbres no son mucho más imperfectas que las nuevas técnicas que el gobernante y el administrador ofrecen como sustitutivo al campesino. Por eso, no es extraño que en tal tesitura prefiera éste su deficiente sistema, ya que al menos se encuentra avalado por la aureola de los años y carece de la agresividad de las fórmulas administrativas que en ocasiones han intentado imponerse.

Más todavía, es un hecho que en algunas ocasiones los propios vecinos han intentado salir de la inercia en que se encontraban y han buscado alguna solución moderna, pero para ello han tropezado con tantas dificultades de todo orden, jurídicas y administrativas, que han tenido que terminar renunciando a su empresa.

a) El primer paso que ha de darse en cualquier intento de reformar este estado de cosas, ha de ser, como es obvio,

a fijación de las relaciones jurídicas existentes, más concretamente, la determinación de los derechos de propiedad. Y en este punto es donde surgen ya las primeras dificultades, algunas insuperables. Dejando a un lado la inseguridad jurídica en torno a la naturaleza de los bienes comunales (que en este libro se han procurado aclarar en lo posible), el primer obstáculo grave que encuentran los campesinos cuando pretenden legalizar sus aprovechamientos, se deriva de la circunstancia de que los núcleos dispersos sobre el valle comunal carecen en su mayor parte de personalidad administrativa: no son ni Municipios ni siquiera Entidades locales menores, y ya hemos visto que en estos casos la jurisprudencia y la práctica administrativa se empeñan en negar a estos núcleos la propiedad de sus bienes e incluso su administración, que se encomiendan, en todo caso, al Municipio; fórmula congruente y eficaz para Castilla, pero que resulta inaplicable para estas regiones montañosas en las que el Municipio y sus órganos son conceptos lejanos y con los que se tiene muy poco contacto en la realidad.

b) Pero no todas las incomprensiones provienen del aspecto administrativo de la cuestión. El selvático aislamiento de estos pueblos o parroquias ha fomentado en ellos un sentimiento de independencia de resonancias tribales, que impide todo intento de coordinación, no ya por impulso administrativo sino espontáneo. El monte comunal se encuentra parcelado de un modo más o menos aproximativo y los vecinos de cada parroquia realizan los aprovechamientos, siempre que les es posible, de un modo aislado. Con lo cual se desperdicia lo que precisamente hace más valiosos estos montes, a saber, su enorme extensión, que les convierte en unidades ideales de explotación forestal.

c) A este cúmulo de males suele aún añadirse otro de índole muy diferente, aunque no menos perniciosa: a las rivalidades de las parroquias del valle, se coresponden otras no menos encarnizadas entre los órganos administrativos.

Cuando las delegaciones de campesinos llegan a la capital manifestando sus sinceros deseos de salir de su situación y poder encauzar jurídica y económicamente sus aprovechamientos, provocan unas reacciones administrativas muy difícilmente comprensibles, y en ningún caso justificables: las gestiones realizadas a escala municipal se ven con frecuencia contradichas a escala provincial y, sobre esto, a las actuaciones del Ministerio de Agricultura se superponen las del de la Gobernación. Se desencadena una verdadera batalla de competencias positivas, y el campesino, cuyo instinto y desconfianza a veces le sugieren que el verdadero motivo de ella se encuentra en la riqueza maderera de sus montes, en la que todos, de una manera o de otra, quieren participar, termina refugiándose, una vez más, en su viejo sistema, a espaldas de toda intervención administrativa.

3. Por lo demás, las cuestiones surgidas entre los Ministerios no carecen de fundamento. Como vamos a ver, nuestras leyes no pecan aquí de silencio, sino precisamente de lo contrario. Si partimos de la base de que hay una situación determinada que se pretende remediar: la falta de coordinación entre los aprovechamientos que se realizan sobre una superficie forestal única, que técnicamente debiera explotarse en su conjunto y con medios más avanzados que los que se utilizan individualmente; al llegar el momento de dar una solución a este problema, las leyes nos ofrecen —y aquí está el secreto del mal— no uno, sino varios remedios, y es difícil decidirse por uno o por otro, máxime cuando algunos de ellos figuran solamente en el papel y apenas si han sido llevados nunca a la práctica. Tales remedios, aisladamente considerados, son: las mancomunidades voluntarias de municipios, los consorcios para la repoblación forestal, los consorcios para la gestión de servicios y las llamadas agrupaciones forestales. Ahora bien, no obstante esta abundancia de fórmulas —o quizá precisamente por ella—, en cuanto nos es conocido, ningún pueblo ha logrado realizar sobre su base una ordenación racional de los montes comunales de que estamos hablando.

4. Por otra parte, si lanzamos una ojeada al Derecho comparado, dos consecuencias saltan inmediatamente a la vista: el manejo cada vez más frecuente de fórmulas comunitarias para resolver los problemas críticos de la agricultura, y la enorme variedad de tales fórmulas, que en todo caso responden a unas ideologías políticas determinadas o a unas circunstancias económicas y sociales tan concretas, que imposibilitan su aplicación a otros países. De aquí que, a nuestro modo de ver, ninguna enseñanza positiva directa se deduce del análisis de los ejemplos comunitarios extranjeros, y sería temerario cualquier intento de trasplante a nuestro país.

Por lo pronto, deben rechazarse de plano los sistemas comunitarios de tipo socialista (5), ya que la coacción y rigurosa planificación que les caracteriza les hace absolutamente inadecuados a la mentalidad de los campesinos titulares de los montes de que estamos tratando.

A las mismas conclusiones debe llegarse, aunque por razones muy diferentes, en relación con las experiencias israelíes (6). En el estudio de las formas de colonización israelí hay que tener siempre en cuenta que su estructura y sus características sólo pueden explicarse en base a las circunstancias históricas, económicas y sociales de Israel, a las corrientes ideológicas que ilustraron a las sucesivas olas de inmigrantes, y a la necesidad absoluta de encontrar una respuesta adecuada a los problemas que se presentaron muchas veces como obstáculos, al parecer insalvables, a la colonización del país. Las peculiaridades del fenómeno hebreo y la existencia de una mística nacional son otros factores sin los cuales el proceso no alcanzaría a explicarse. La tremenda importancia que este ejemplo tiene para el mundo y la validez de su enseñanza, ha de condicionarse por ello a la com-

(5) Véase, por todps, Eduardo NEIRA ALVA, *La tierra y el hombre. Formas de la experiencia agraria en Israel*, 1963, de quien proceden (pág. 6) las líneas que se citan a continuación en el texto.

prensión del medio en que se dieron estas formas. Cualquier intento de trasplante indiscriminado que pretendiera copiar los sistemas podría fracasar, si no es referido a las circunstancias locales del país donde se trata de sistematizar el establecimiento humano. Las formas de colonización en Israel no son arbitrarias, sino el resultado de muchos tanteos y ensayos.

Mayor importancia, a nuestros efectos, tiene la experiencia mejicana de los ejidos. Como es sabido, la reforma agraria de este país ha encontrado su cauce de expresión más característica en la reconstrucción de los patrimonios comunales de los pueblos —los ejidos—, a los que se ha pretendido explotar de una manera racional y moderna (7).

El ejido, o sea la forma de dotación de tierras a los pueblos, ha quedado legalmente definido como un área cercana al poblado (dentro de un radio de siete kilómetros), constituida por tierras de cultivo, de pastoreo y de bosques. Las primeras, o sea las tierras de cultivo, quedan sujetas a usufructo individual mediante su parcelación, con excepción de una minoría de casos en que se ha optado por trabajarlas colectivamente. Los pastizales y los bosques quedan siempre en usufructo comunal. Los ejidos son "propiedad perpetua" del poblado, que solamente puede ser privado de ellos por juicio expropiatorio, mediante indemnización y por causa de utilidad pública comprobada. Sin embargo, esa propiedad de los pueblos no es absoluta, ya que queda legalmente limitada por la prohibición de practicar algún acto de comercio con las tierras ejidales. Los derechos de cada campesino al usufructo de las tierras de labor se pierden en el caso de ausencia de cultivo directo durante dos años. Los derechos al usufructo de las tierras son transmisibles libremente por herencia, pero sin división de las parcelas. En cada ejido se constituye un Comisariado Ejidal, formado por miembros del mismo ejido, y elegido por libre votación, que tiene por misión velar porque

(7) Cfr. Victor MANZANILLA SCHAFFER, *La reforma agraria*, en "México. 50 años de revolución", III, 1961, págs. 22 y sigs.

en el uso de las tierras se cumplan los requisitos que las leyes establezcan, así como asumir la representación del ejido en todos los asuntos en que sea necesaria (8).

Ahora bien, aunque esta fórmula sea jurídicamente muy interesante, los análisis económicos modernos se muestran muy pesimistas en cuanto a su orientación y resultados (9) y, además, las circunstancias agronómicas mejicanas, apenas si ofrecen algunos puntos aislados de similitud con las españolas, y más aun con las del norte de la Península.

Así llegamos al ejemplo italiano, del que sí es posible, quizá, deducir alguna consecuencia, vista la analogía, no sólo de cultura, sino de circunstancias socio-económicas. En Italia existe, al igual que en España, el problema de la existencia de grandes zonas forestales de propiedad comunal deficientemente explotadas; y para resolver esta situación se ha acudido a una fórmula consorcial intermunicipal, consagrada en los artículos 156-172 del T. U. de la Ley Municipal y Provincial de 3 de marzo de 1934.

Ahora bien, esta fórmula está concebida de un modo genérico para cualquier clase de fines municipales. De aquí que con el tiempo se comprendiese la necesidad de buscar una solución específica para los problemas comunales de tipo forestal, a cuyo efecto se ha dictado la Ley de 25.7.1952 (10).

---

(8) *XI Conferencia internacional de econosmistas agrícolas, 1961*, pág. 20.

(9) Leobaldo JIMÉNEZ, *El Mangal. Una población ejidal de la costa veracruzana*, 1961.

(10) Todo esto sin perjuicio de algunos tipos comunales y consorciales de especialidad más acusada, bien sea por las características regionales (Cfr. por ejemplo, Carlo FRASSOLDATI, *Il maso chiuso e le associazioni agrario-forestali dell'Alto Adige nella recente legislazione della provincia di Bolzano*, en "Rivista di Diritto Agrario", 1962 págs. 295 y sigs.) o consuetudinarias (Cfr., por ejemplo, A. PADULA, *Le Consorterie della Valle d'Aosta, 1911*, y más recientemente, Vittorio GRISERO, *Le Consorterie silvo-pastorali della Valle d'Aosta*, en "Rivista de Diritto agrario", 1961, págs. 656 y sigs.). Con carácter general, véase también FRANCESCO MILANI, *Consorzzi reali in agricultura. Parte speciale*, 1961.

Como vamos a ver seguidamente, la realidad española, y su legislación, son muy similares, puesto que junto a unas normas de carácter general municipal existen otras especificas de carácter forestal, que en el epígrafe siguiente vamos a intentar armonizar.

IV. MANCOMUNIDADES MUNICIPALES CONSTITUIDAS EN AGRUPACIONES FORESTALES

1. En el presente epígrafe vamos a intentar encontrar una salida al problema de la variedad de soluciones que el Derecho ofrece en el momento de regular a gran escala los aprovechamientos forestales comunales, y cuyo mayor defecto estriba precisamente en su misma diversidad, es decir, en su absoluta falta de coordinación, y hasta de mutua comprensión. Lo que significa que en ocasiones son inaplicables por excluirse recíprocamente. Nuestra labor va a ser aquí armonizar una serie de normas distribuídas en diferentes ordenamientos y absolutamente descoordinadas. Circunstancia que, como es obvio, dificulta enormemente nuestra tarea (y más, si se tiene en cuenta la falta de precedentes), y nos va a obligar a forzar un tanto los textos en nuestro esfuerzo por buscar una interpretación extensiva, que haga viable siquiera una de las muchas soluciones que de modo contradictorio ofrece nuestro Derecho positivo (11).

(11) Dentro de esta diversidad de fórmulas no puede pasarse por alto la simple y contundente redacción de la Ley de Bases de Reforma agraria de 15.9.1932. Base 16: "Las comunidades una vez posesionadas de las tierras, acordarán por mayoría de votos la forma individual o colectiva de su explotación...", Base 21: "En el aprovechamiento agrícola tendrá preferencia la forma de explotación en común. Cuando se parcele, los vecinos usuarios tendrán derecho solamente al disfrute de los productos principales, mediante el pago de un canon anual; los pastos, hierbas y rastrojos serán siempre de aprovechamiento colectivo. En caso de subasta o arriendo de estos esquilmos, su producto neto ingresará en las arcas municipales. En todos los casos, el cultivo será siempre efectuado por el vecino y su

El punto de partida tiene que ser lógicamente la LRL y la LM. Concretamente, el artículo 29 LRL:

> Los Municipios podrán formar Mancomunidades para obras, servicios y otros fines de la competencia municipal.

El artículo 31, 1 LM:

> ... podrán constituirse agrupaciones forestales cuando éstas resulten convenientes para coordinar los intereses selvícolas o pastorales, o por causa de repoblación forestal.

Y el artículo 258, 3 RM:

> Las Asociaciones de propietarios podrán revestir cualquiera de las formas sociales reconocidas por el Derecho civil y mercantil o por la Legislación de Cooperativas, previo el cumplimiento de los requisitos en cada caso exigidos.

La idea es, en resumen, la siguiente: *Se trata de formar una mancomunidad municipal voluntaria, que se constituye como una agrupación forestal a los efectos de lograr una ordenación racional de una zona montuosa de gran extensión.* Veamos ahora si esto es posible.

2. Por lo pronto se trata —como se ha indicado— de constituir una Mancomunidad voluntaria, cuyos fines se justifican relacionando el artículo 29 ("fines de la competencia municipal") con el 101, 2, *b)* LRL ("la actividad municipal se dirigirá principalmente a la consecución de los siguientes fines... regulación y aprovechamiento de los bienes comunales").

El acuerdo de constitución de Mancomunidad habrá de ser adoptado en cada Ayuntamiento con el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho, y en todo caso de la mayoría absoluta legal de los miembros de la

---

familia directamente. Cuando el aprovechamiento de los bienes comunales sea de carácter forestal, la explotación se realizará en común y bajo la ordenación e inspección técnica de los servicios oficiales correspondientes".

Corporación (arts. 57 del Reglamento de Población y 303 LRL).

El siguiente paso ha de ser la formación de una Comisión encargada de redactar los Estatutos de la Mancomunidad, y que estará formada por un representante de cada uno de los Ayuntamientos que la compongan (art. 57, 2 Reglamento de Población).

La Comisión presentará inmediatamente un escrito al Jefe del Distrito Forestal en el que se precisen las fincas que deban constituir la zona de agrupación, el perímetro y cabida aproximada de la misma y las finalidades perseguidas. Si las fincas pertenecieren a varias provincias, la exposición deberá dirigirse al Jefe del Distrito Forestal de la provincia a la que pertenezca mayor superficie (art. 249 RM). En el caso de que la zona propuesta comprendiere algunos montes públicos o particulares propios de Entidades distintas de las que se constituyen en Mancomunidad, la Jefatura del Distrito Forestal abrirá una información pública en los términos señalados en el artículo 250 RM.

En estos Estatutos se harán constar, cuando menos, las siguientes circunstancias: *a)* Municipios que comprende la Mancomunidad; *b)* lugar en que radiquen sus órganos de administración; *c)* número y forma de designación de los concejales que hayan de integrar la misión gestora de la Mancomunidad; *d)* sus fines; *f)* recursos económicos; *g)* plazos de vigencia; *h)* procedimiento para modificar los estatutos, e *i)* casos de disolución (art. 62 Reglamento de Población).

Conforme al artículo 64 del mismo Reglamento los órganos de administración serán los siguientes:

1. ... un Presidente, un Vicepresidente que le sustituya en sus ausencias, el número de Vocales que señalen los Estatutos y un Secretario.

2. Cuando no se hallare pevisto estatutariamente otro sistema de designación, el Presidente y el Vicepresidente serán

elegidos del seno de la Junta en sesión extraordinaria y por mayoría absoluta de votos.

Los Estatutos, una vez ratificados por las Corporaciones respectivas en sesión extraordinaria convocada al efecto (artículo 57,2 Reglamento de Población) e informados por la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, serán elevados por el Gobernador civil al Ministerio de la Gobernación, quien solicitará, además, dictamen del Consejo de Estado (art. 58 del Reglamento de Población).

Paralelamente se irá tramitando en el Ministerio de Agricultura (Dirección General de Montes, Caza y Pesca fluvial) la propuesta de autorización de la agrupación forestal (artículo 250,4 del RM).

En este punto, los Ministerios de la Gobernación y de Agricultura someterán *conjuntamente* (art. 24,2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) a la deliberación del Consejo de Ministros, un Decreto en el que se harán dos declaraciones: la aprobación de los Estatutos y Ordenanzas, y la autorización de la agrupación forestal (arts. 59 Reglamento de Población y 257,1 RM).

Dentro de los seis meses siguientes a la publicación de este Decreto, "la mancomunidad municipal constituida en agrupación forestal" presentará en el Distrito Forestal, junto con sus Estatutos, un plan de ordenamiento redactado por un ingeniero de Montes. El Distrito Forestal, sin hacer declaración sobre los Estatutos (puesto que ya han sido aprobados en Consejo de Ministros a propuesta del de Agricultura), aprobará el plan de ordenamiento o formulará los reparos que estime oportunos, que deberán ser subsanados dentro del plazo que al efecto se señale (art 251 RM)

3. También creemos que pueden constituirse las agrupaciones forestales obligatorias reguladas en los artículos 253 y sigs. del RM (art. 31,2 LM), ya que:

cuando los montes que a juicio de la Administración forestal deban agruparse se hallen situados en zonas de protección ó

fuera necesario someterlos a planes dasocráticos de aprovechamientos y mejoras por otras razones de interés económico-social, la Jefatura del Distrito Forestal acordará, de oficio, la iniciación del expediente de agrupación obligatoria para establecer su ordenación integral.

4. El Ente así formado tiene personalidad jurídica propia ("una vez inscritas en el libro-registro de agrupaciones", art. 258,2 RM) con plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines (art. 32 LRL).

Ahora bien, obsérvese que esta nueva persona creada a la vida del derecho, no tiene fines propios que cumplir sino que, en substancia, actua en beneficio de los municipios que integran la mancomunidad, como un instrumento de los mismos: es, pues —siguiendo la terminología consagrada por OTTAVIANO (12)—, un ente público instrumental que desarrolla sus actividades "por cuenta" de los mismos.

De esta afirmación dogmática se deducen, a nuestros efectos, varias consecuencias: *a)* el monte comunal no pasa a ser propiedad de la mancomunidad, sino que cada Municipio conserva el dominio sobre su porción. *b)* La Mancomunidad, sin embargo, se convierte en propietaria de los "medios instrumentales" para el cumplimiento de sus fines, como la maquinaria, por ejemplo. *c)* Igualmente la corresponden los frutos del inmueble, lo que por tratarse de montes comunales supone un complicado sistema de distribución, ya que no se trata solamente de garantizar la proporción de los municipios mancomunados, sino los derechos de los vecinos en cuanto titulares de derechos de aprovechamiento. Hay que tener en cuenta para comprender todo este sistema que, en el fondo, se trata de una simple variedad de la forma de sus aprovechamientos. *d)* Esta distinción entre los regímenes de propiedad provoca, a su vez, un diferente régimen de imputaciones: unos actos de la mancomunidad se imputan directamente a la misma, y otros a los Municipios individualmen-

(12) *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, 1959.

te (13). *e)* La responsabilidad tampoco es unitaria, alcanzando a la mancomunidad en cuanto a los actos que hemos llamado instrumentales, y a los Municipios independientemente, respecto de los actos que les afectan a ellos por separado y de los que se benefician.

V. EL PRESENTE Y FUTURO DE LOS BIENES COMUNALES EN LA OBRA DE SIR G. CLAUSON

Las manipulaciones jurídico-formales que acaban de realizarse en el epígrafe anterior no responden solamente a la exigencia de armonizar las normas fragmentarias de un ordenamiento, sino que hacen referencia a una convicción mucho más importante: la de que los bienes comunales no pueden considerarse como una institución inmutable, que han ido superviviendo sin variación al paso de los siglos, sino que son, como todas las cosas humanas, algo contingente que sólo puede perdurar a costa de transformaciones, a veces radicales. Sería ingenuo creer que los bienes comunales del futuro van a seguir teniendo la misma configuración que en el presente; por lo mismo que los bienes comunales de hoy son muy distintos de los de ayer.

La tesis se comprueba fácilmente si se contempla la evo-

(13) Esta afirmación parece repugnar a la consideración de la Mancomunidad como una persona jurídica, lo cual, según la doctrina tradicional, implicaría una imputación automática a la persona de toda su actividad (a diferencia de los órganos, que implican una imputación a la persona de la que forman parte). Pero debe tenerse en cuenta que hoy ya se ha cuarteado esta doctrina y se admite —aunque resulte paradójico— la existencia de personas-órgano y órganos-persona. Según STANCANELLI el secreto de la variedad de imputaciones de estos entes se encuentra en que no hay que contemplar en bloque toda su actividad, sino que hay que analizar por separado cada uno de sus actos. De lo que resulta —como se indica en el texto— que unos se imputan a la Mancomunidad y otros a los Municipios independientemente considerados. (Cf. STANCANELLI, *I consorzi nel diritto amministrativo*, 1963).

lución de los bienes comunales con la suficiente perspectiva. Esto es lo que ha hecho recientemente un autor inglés, Sir G. CLAUSON en un estudio sobre *El régimen comunal agrario* (14), en el que, prescindiendo de todo análisis histórico concreto, se abstraen tres tipos de regímenes comunales, integrados en una misma línea evolucionista, dándose especial importancia a la tercer variedad o última fase de la evolución, que es la que mira al futuro —un futuro que en algunos casos es ya presente— de los bienes comunales.

Según esta teoría deben distinguirse tres tipos de tenencia comunal de tierras: el primario, el secundario y el terciario.

La tenecia comunal primaria es la forma que predomina entre pueblos que no han concebido jamás la posibilidad de la propiedad individual de la tierra o de los derechos de aprovechamiento de la misma.

La secundaria es la que prevalece en los pueblos que, habiendo concebido ya la posibilidad de tales derechos, los consideran más bien como la excepción que como la regla y como una adquisición sujeta a los derechos de la comunidad en general, por lo que constituye un tipo de tenencia que no llega al concepto de propiedad tal y como se entiende en los países de Occidente.

La tenencia comunal terciaria es en la historia un fenómeno mucho más tardío. Aparece cuando un grupo de personas que no se hallan forzosamente vinculadas por la sangre, se unen voluntariamente o se ven obligadas a unirse por el Estado o cualquier otra autoridad superior, para ejercer sus derechos sobre la tierra en común. Ejemplos característicos de éstos son las órdenes religiosas cristianas que cultivan tierras en sus monasterios, los asentamientos rurales en Israel y las granjas colectivas rusas.

La tenencia comunal terciaria de la tierra se diferencia de la primaria y de la secundaria, en que se la planea inten-

(14) Publicaciones de la FAO, Roma, 1953.

cionadamente y en que es un producto de una fase avanzada de la civilización o, en todo caso, de una fase avanzada del pensamiento humano, y por tanto difiere fundamentalmente en cuanto a su carácter de los tipos más primitivos. Es resultado o bien de una especie de impulso religioso o moral, a menudo de índole casi mística o, por otra parte, de un cálculo sereno de sus ventajas económicas y entraña de ordinario, no sólo una propiedad u ocupación comunal de la tierra, sino además la explotación colectiva de la misma, como si se tratara de una sola finca, especializándose en la mayoría de los casos los miembros de la comunidad en diversas faenas agrícolas.

En cuanto a las consecuencias económicas de estos regímenes, es de observar que las ventajas que para la economía y la agricultura ofrece el régimen comunal en un grupo de pastores o labradores mixtos de esta clase son harto evidentes de inmediato: son poquísimas las grandes extensiones pastorales que poseen características completamente uniformes, singularmente si se tienen en cuenta las variaciones de estación. Hay porciones que son, invariablemente, mejor tierra de pastoreo que las demás; en otras el pasto rebasa la calidad media en unas ciertas temporadas. Con arreglo al sistema de tenencia individual, unos cuantos ganaderos tendrían, pues, que recibir tierra de pastos inferior a lo normal, mientras que conforme al régimen comunal todos tendrían igualmente acceso a la tierra buena lo mismo que a la mala, lo que significa que, de hallarse la tierra debidamente administrada, su capacidad de alimentación ganadera alcanzaría el máximo. Las ventajas del pasto comunal pueden colegirse del hecho de que suele perdurar tal sistema, después de haberse individualizado totalmente la tierra dedicada al cultivo.

Sin embargo, es indispensable contar con una administración adecuada; a falta de ella, las ventajas de la tenencia comunal son ilusorias. Lo que a todos incumbe, no incumbe a nadie, y de no proporcionar el sistema en vigor algún medio permanente para alcanzar el tercer objetivo, el de mantener los pastizales colectivos en buen estado, es probable

que dicho sistema no llegue a ser nada más que un arbitrio muy útil para adjudicar participaciones uniformes en una riqueza que se consume rápidamente. En efecto, según nos enseña la experiencia, en los pastizales comunales que aun quedan en Africa, en que los ganaderos han empezado a darse cuenta de las posibilidades de mejorar sus rebaños y de la necesidad de limitar su número total al que la tierra pueda buenamente sostener, se registra invariablemente una tendencia en favor del vallado de las tierras, reacción natural del ganadero progresivo frente al disgusto que le produce, después de mejorar los pastos que rodean su heredad, el ver que viene toda una grey de bestias hambrientas del otro extremo de la región a recoger lo que él ha sembrado.

VI. CONCLUSION: EL MODERNO ESPIRITU DE LA COMUNALIDAD

Con las ideas que sumariamente acaban de exponerse, creemos que queda ya suficientemente de relieve, sino la crisis, al menos la importante transformación que debe sufrir el régimen de los bienes comunales para adaptarse a la transformación económica y social de los tiempos modernos.

El artículo 192 LRL responde a una mentalidad liberal —admisible en en el siglo XIX, pero que hoy debe ser sometida a revisión—, conforme a la cual, en ausencia de un colectivismo tradicional, los bienes comunales deben ser explotados individualmente.

Es curioso que en todo tiempo los bienes comunales hayan sido considerados como una gran reserva económica para aliviar el problema social del campo. Recuérdese las concepciones socializantes de nuestros clásicos (expuestas en el capítulo I de esta obra), que vieron en ellos el último remedio contra el pauperismo. En el siglo XIX (y ya antes en el período de la Ilustración) se pretendió aprovechar esta reserva mediante asignaciones individuales, sea repartiendo la pro-

piedad, sea (conforme al sistema de la legislación local) individualizando los aprovechamientos. Pero ya a fines del siglo intuyeron los "regeneracionistas" que esta fórmula era insatisfactoria y —a la vuelta del liberalismo— pretendieron una auténtica colectivización de los bienes comunales, no ya al modo tradicional, sino con espíritu socializante.

Hora es de remozar esta idea. Hace muy poco lo recordaba GARRIDO FALLA: "la propiedad comunal constituye una fórmula intermedia, cuyo carácter ejemplar debe ser subrayado en un mundo que se agita en la tensión entre individualismo y colectivismo. En este sentido, y esto no debe olvidarse, es una fórmula llena de sugerencias" (15). Este libro no es lugar indicado para desarrollar esas posibles sugerencias, pero los epígrafes que anteceden se encuentran en esa línea.

En 1964, cuando la revolución industrial se está consumando y la reforma agraria, "la revolución verde", está llamando con prisas a las puertas de la economía española, cuando se arbitran a diario nuevas fórmulas de cooperación y, en fin, cuando la agricultura ha dejado de ser una ciencia empírica de los viejos campesinos del lugar, para convertirse en una complicada técnica agronómica, que se estudia en Escuelas Superiores, no puede admitirse que la reserva de riqueza concentrada de los bienes comunales, se desperdicie en un simple soltar ganado mayor y menor de un modo arbitrario, y en un derecho a recoger leñas muertas, que nadie necesita. La racionalización de la tierra exige una racionalización de los bienes comunales, que no puede sujetarse a los límites del artículo 192 LRL y que incluso encuentra insuficientes los cauces —que son puros tanteos— del Reglamento de Montes.

La formidable crisis actual de los bienes comunales puede resumirse en una sola frase, reiterada ya a lo largo de estas

---

(15) *Sobre los bienes comunales*, en "Revista de Estudios de la Vida Local", núm. 125, 1962, pág. 692.

páginas: *La agricultura moderna se ha convertido en una agricultura de mercado, mientras que los bienes comunales siguen orientados por la fórmula tradicional del autoconsumo, que se encuentra sancionada, además, por la inercia legislativa.* La consecuencia de este flagrante desequilibrio no puede ser más evidente: los bienes comunales han perdido actualidad y, en cuanto forman parte de un sistema económico anacrónico, pasan también a constituir una pieza de arqueología jurídica. Lo cual significa, en definitiva, que pueden estar a punto de desaparecer —y ya hemos visto que así lo propugnan algunos autores— puesto que el sistema agrario español no puede permitirse hoy este despilfarro de valores.

Las formas de consumación de este proceso liquidador de los bienes comunales no son, por lo demás, demasiado originales: de ordinario se insiste en su apropiación individual, sea venta o repartición. Esta es la idea más simple y a primera vista la más atractiva.

Pero cuando la apropiación individual encuentra la decidida oposición de un legislador aferrado a un conservadurismo a ultranza, el desequilibrio apuntado suele buscar una salida de índole muy diferente —la nacionalización o, si se quiere, la municipalización— que convierte los bienes comunales en una propiedad puramente administrativa, de fácil explotación y saneados rendimientos.

Ambas soluciones son jurídicamente inadmisibles; pero ¿es que cabe otra posibilidad en esta alternativa?

A nuestro modo de ver, sí; y con ella no pretendemos mantener a toda costa una figura del pasado, sino dar paso a unas fórmulas que ya son realidad indiscutible en el panorama agrícola mundial. Para nosotros, entre la municipalización de los bienes comunales y su apropiación individual se encuentra el más acertado camino de la colectivización, es decir, de la revitalización de su tradicional esencia colectiva.

Pero entiéndase bien: no se trata de una "vuelta a atrás". de una pura vivencia nostálgica de la pasada Edad de Oro,

ni mucho menos de un salto al comunismo del futuro. Estamos hablando de una realidad que puede articularse de una manera técnica con cierta facilidad.

La colectivización de la tierra —en el sentido moderno de que estamos hablando, en cuanto agricultura de grupo— constituye hoy uno de los éxitos más espectaculares del agrarismo moderno, y en cuanto fórmula exigida por las circunstancias económicas es, al tiempo, una experiencia irreversible. Ha llegado el momento de extraer las consecuencias de los variados ejemplos del Derecho comparado, que se han citado en las páginas anteriores. La lección consiste no en trasponer al azar en nuestro país cualquiera de los modelos extranjeros (lo que sería un irremediable fracaso), sino en captar la existencia de la tendencia colectivista y ser conscientes tanto de su necesidad como de su viabilidad. El fracaso de algunos ejemplos concretos —que son los primeros ensayos— no puede ser causa de desaliento, en cuanto el principio subsiste.

Si nadie duda que la fantástica transformación económica y social, que estamos viviendo, se debe a la revolución experimentada en los métodos industriales —hasta ahora no aplicados en la agricultura— parece evidente que la transformación de ésta ha de seguir caminos parecidos. En el fondo se trata de la conocida fórmula del huevo de Colón, tal como la ha expuesto LASUEN (16): "Lo que permite la alta productividad por hombre en la industria, y por consiguiente altos salarios y beneficios, es la cesión de los propietarios de los derechos de decisión sobre la cosa poseída, en unas pocas manos, las más hábiles. Lo que primordialmente se concentra no son los frutos de la propiedad, sino sus derechos, y esto por cesión voluntaria, en un sistema de mercado libre (o por compulsión en uno intervenido). Sin embargo, lo que unánimemente se acepta para la industria, se niega terminantemente, por algunos, para la agricultura. Si lo que se pretende es elevar el nivel de vida del campesino sobre una base firme —es decir, tras elevar su productividad—, la política a seguir en un mer-

---

(16) "Las reformas agrarias", en *Moneda y Crédito*, núm. 79, 1961, pág. 83.

cado libre y en un país poco desarrollado, debe dirigirse a encauzar la organización pre-asociativa de la producción agrícola hacia las formas que han permitido el auge de la industria".

Como es obvio, tras la aparente simplicidad de esta fórmula se encuentran dificultades muy graves de todo orden. La primera —psicológica—, que con este sistema se produce la deshumanización del campo. Esto es indudable. No vamos ahora a entrar aquí en el análisis del fenómeno, puesto que nos basta constatar su existencia: hoy por hoy, es lo cierto que la explotación agrícola dirigida al estilo de las sociedades capitalistas han constituido, en líneas generales, un gran fracaso: tal parece ser, por ejemplo, la causa del de las explotaciones de los países socialistas. En segundo lugar, se tropieza con dificultades jurídicas: ¿cómo articular esta gigantesca transformación del derecho de propiedad? Esto sólo es posible mediante una revolución —tal es el caso de Méjico y, de una manera mucho más perfecta, el de Cuba—, salvo que entren en juego instituciones tan extraordinarias como el Fondo Judío Internacional y su vasta y paciente operación de compra masiva de tierras en Palestina. En otro caso —y aquí llegamos a la tercera dificultad— se precisa una ingente aportación de capitales, que evidentemente no pueden salir de la agricultura misma (17).

(17) Con esta tercera dificultad se está luchando hoy en Francia. En este país las organizaciones agrícolas están estudiando actualmente diferentes disposiciones con vistas a fomentar la creación de sociedades agrícolas de inversión rural (S. A. I. F.), cuya existencia pueda dar paso a una nueva etapa de la política de ordenación rural, sobre las bases sentadas ya por Debré con la ley de orientación agrícola de 1960, y sus sociedades de ordenación inmobiliaria y establecimiento rural (S. A. F. E. R.). La razón de este movimiento se encuentra, como explica F. H. DE VIRIEU *(Le gouvernement voudrait favoriser la proprieté collective du sol cultivé,* en "Le Monde", 17.5.1964, pág. 7), en la convicción de que "la mejor fórmula es seguir, aunque con algunos decenios de retraso, la evolución de las empresas industriales, tratando de evitar la apropiación individualizada y geográfica del suelo y propugnando su apropiación por la colectividad: para que la tierra escape al fraccionamiento debido a las sucesiones, es necesario que sea de la propiedad del Estado o de las Sociedades. No hay, pues, otra alternativa que la nacionalización de la tierra o el fomento de la propiedad colectiva. Las preferencias del Gobierno parecen inclinarse por la segunda solución".

Ahora bien, la especial naturaleza de los bienes comunales soslaya limpiamente todas estas dificultades. Con lo que resulta —y tal es la conclusión de este libro— que los bienes comunales encierran la fórmula de la renovación agraria del presente y del futuro, y bajo esta perspectiva, en vez de una figura inútil y anacrónica, se nos presentan como la clave de la futura economía agraria española.

INDICE DESCRIPTIVO (*)

(*) Las cifras entre paréntesis, que van a continuación de cada epígrafe, se remiten a las páginas del texto.

INTRODUCCION (1 - 23).

1. Su situación en el Derecho Administrativo. Son un resultado de la desamortización. Antes sólo se hablaba de bienes propios y comunes de los pueblos. Las Partidas. La ley desamortizadora de 1-5-1855. El dominio público. La desamortización termina con la antigua indiferenciación de los bienes municipales. Los bienes comunales son los bienes de los pueblos no apropiados. Incorrección terminológica. Bienes comunales y bienes comunes.—2. El código civil desconoce la legislación desamortizadora. Esta comprende leyes administrativas, entendidas en sentido peyorativo. Escasa base legal para construir una dogmática del tema.—3. El estudio jurídico de los bienes comunales se ve enturbiado por la influencia de obras sociológicas e históricas: Laveleye y Costa. El romanticismo científico es hoy inadmisible. La ciencia alemana impone una nueva moda: la marca germánica. La investigación jurídica se paraliza fascinada por las elucubraciones históricas y admite sin crítica el mito fabuloso de los bienes comunales.—4. Frente al mito histórico debe manejarse el método histórico. El Derecho Administrativo, la realidad social y la historia. Una Dogmengeschichte. Necesidad de atender la perspectiva histórica de los bienes comunales. Una afirmación inexacta de H. Kantorowicz. Peligros de un exceso historicista en el Derecho Administrativo. La historia como escapismo. Inutilidad de los llamados antecedentes históricos. La pretendida modernidad del Derecho Administrativo. Dos ejemplos de fracasos de la investigación histórica: la escuela histórica y la jurisprudencia erudita. La conciencia de los riesgos no evita la necesidad de una investigación histórica. Los resultados obtenidos han sido satisfactorios.—5. La época anterior a la reconquista. La reconquista: Aparición del municipio como una universitas. Sus consecuencias.—6 Naturaleza de los bienes comunales. En ellos concurren derechos del Municipio y derechos de los vecinos.—7. Bienes comunales típicos y atípicos.—8. Su régimen jurídico es el tema del presente libro.—9. Escasa bibliografía española. La literatura extranjera. Los autores clásicos.—10. La clave del presente libro se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Su importancia en la época desamortizadora y en la actualidad. El Consejo de Estado. El valor de la jurisprudencia. Análisis de Puig Brutau. Una novedad metodológica: de los antecedentes de las sentencias puede deducirse la realidad y extensión de los

bienes comunales.—11. El presente trabajo no es un comentario ni una serie de disertaciones monográficas, sino el intento de un sistema.

CAPITULO PRIMERO: EL ORIGEN DE LOS BIENES COMUNALES.

I. La perdida Edad de Oro y las fases posteriores de la evolución económica (27 - 37).

Pretendida existencia de una perdida Edad de Oro en la que se disfrutaba comunalmente de los bienes. Es una creación del mundo clásico, que revitalizan los Padres de la Iglesia. Testimonios literarios españoles: P. Mariana, Cervantes. La tradición clásica se oscurece por la influencia de Rousseau. Testimonios de autores políticos y sociales españoles: P. Alonso de Castrillo, Vives, Domingo de Soto, Pedro de Valencia. La faceta teológica: Molina. Una influencia no clásica: el ejemplo de la comunalidad peruana. Una corriente histórica: Castillo de Bobadilla. En las Cortes de Cádiz se fusiona la tradición clásica con las ideas russonianas: Gómez Fernández y el Conde de Toreno. El origen colectivo de toda propiedad según Laveleye y su influencia en España: Costa y su generación. Los historiadores de fines de siglo arrinconan definitivamente este origen fabuloso de los bienes comunales.

II. La propiedad comarcana como origen concreto de los bienes comunales modernos (37 - 41).

La teoría germánica de la propiedad comarcana: Moeser, Maurer, Gierke. Propiedad comunal y propiedad individual en la estructura agraria comarcana. Derivaciones modernas.

III. Pretendido origen señorial (41 - 47).

La propiedad comunal no trae su origen de las zonas comunales de la marca, sino de las concesiones medievales del señor feudal: Fustel de Coulanges. Crítica de esta tesis. Implicaciones jurídicas de la misma. La doctrina italiana. Compatibilidad de la teoría comarcana y de la feudal. El mundo latino y el mundo germánico frente a la marca comunal: Beneyto.

IV. La propiedad consorcial (47 - 51).

La primitiva propiedad no fue comunal, sino consorcial: Beneyto. Su realidad en Cataluña y Castilla: Hinojosa, Sánchez Albornoz, Font Rius. Valoración crítica: Hasta qué punto las parcelas comunales eran una pertenencia o anexo de la propiedad individual.

V. Posiciones sincréticas (51 - 54).

No existe un origen único de los bienes comunales: Henrion de Pansey, Azcárate, Fernández de Velasco, Beneyto, Zanobini, Garraud. Un ejemplo en la tierra de Campos: Guilarte. El Tribunal Supremo adopta ocasionalmente esta actitud sincrética.

VI. La realidad española (54 - 65).

La propiedad comunal surge en España, fundamentalmente, como consecuencia de tareas repobladoras medievales. La repoblación se realiza de ordinario mediante asignaciones de tierras a un grupo de repobladores de un modo colectivo. La individualización, es decir, la apropiación por un vecino de una parcela del común tiene lugar en otra fase, y es una operación posterior, que se va extendiendo lentamente —mediante presuras y escalios en su mayor parte— y a costa de los bienes comunales. En las repoblaciones de la Edad Moderna las asignaciones de tierras ya no tienen lugar colectivamente, pero en todo caso se determinan ciertas parcelas para el común. El origen de algunos bienes comunales concretos según antecedentes que se trascriben en los resultandos de algunas sentencias del Tribunal Supremo.

CAPITULO SEGUNDO: EVOLUCION HISTORICA DE LOS BIENES COMUNALES EN ESPAÑA: PRECEDENTES.

I. Los pueblos indígenas (69 - 72).

Esta es labor de un historiador y no de un jurista. Los testimonios de Diodoro de Sicilia y sus interpretaciones: Masdeu, D'Argois de Jubainville, Costa, Torres, Ramos Loscertales.

II. España, colonia romana (72 - 89).

Convivencia de diferentes regímenes dominicales. A) Supervivencias de los sistemas indígenas. El testimonio de los agrimensores romanos. B) Sistemas provinciales consecuencia del colonato. El ager publicus y su destino. a) Repartición entre los individuos para su aprovechamiento individual. b) Terrenos reservados al Estado. c) Terrenos que ni son reservados ni son repartidos: ager occupatorius, ager compascuus y baldíos.

III. La época visigoda (89 - 98).

A) Propiedad individual. B) Propiedad consorcial. a) Destino pecuario. b) Destino agrícola. C) Propiedad comunal. D) Baldíos. E) Derechos de aprovechamiento sobre fundos ajenos.

CAPITULO TERCERO: EVOLUCION HISTORICA: LA RECONQUISTA.

I. Los bienes comunales y los baldíos (101 -103).

El elemento comunal y el elemento señorial en la estructura agraria medieval. Los baldíos como presupuesto de las asignaciones colectivas de tierras.

II. La repoblación (103 - 113).

Una zona desierta separa durante varios siglos a moros y cristianos. Variedades repobladoras: A) Repoblación de yermos y ocupación de tierras pobladas. B) Repoblación dentro y fuera de las fronteras. C) Repoblación pacífica y como consecuencia inmediata de la conquista. D) Variedades regionales. E) El criterio de la personalidad del ocupante: a), el Monarca; b), los condes; c), clérigos; d), «mayores»; e), «minores»; f), ocupaciones colectivas. F) Según las diferentes etapas históricas: la repoblación concejil.

III. Las asignaciones colectivas en los documentos medievales (113 - 124).

Sistematización de los textos en relación con las asignaciones colectivas: A) Documentos que prueban que las asignaciones se refieren

a una pluralidad de destinatarios presentes y futuros. B) El objeto de la donación es un coto redondo con todas sus pertenencias. C) En ocasiones se enumeran facultades concretas sobre bienes cuya propiedad se reserva el donante. D) En ocasiones este repertorio de facultades de los vecinos se delimita negativamente, prohibiendo a los no vecinos que realicen aprovechamientos. E) Sobre esta masa colectiva pueden los vecinos ejercer dos tipos de facultades unos comunales y otras de aprovechamiento individual o excluyente, reduciendo así, paulatinamente, los terrenos comunales.

IV. Presuras y escalios (124 - 132).

Imprecisión terminológica. La tesis de De la Concha. A) Presura. Opiniones de Domínguez Guilerte, Hinojosa, De la Concha. Es un modo de adquirir la propiedad de las tierras ocupadas, por el mero hecho de la ocupación, sin necesidad de otros requisitos. El Fuero Viejo de Castilla. B) Escalios. Es la ocupación por el trabajo. Fueros y Estatutos municipales. Costa.

CAPITULO CUARTO: LOS BALDIOS.

I. Planteamiento (135 - 137).

La naturaleza comunal de un bien no la da su titularidad dominical, sino la forma comunal de sus aprovechamientos. En este sentido los baldíos han sido con gran frecuencia auténticos bienes comunales. Titularidad del monarca, titularidad del señor y titularidad del municipio.

II. El concepto tradicional (138 - 140).

Escriche. La falsa opinión de su escaso valor. Su origen según Jovellanos. Crítica.

III. Los enemigos de los baldíos (140 - 144).

Extensión de los baldíos. Su reducción por la codicia de los Monarcas, de los señores y de los vecinos. El problema económico de las ventajas de su roturación. Jovellanos. Colmeiro.

IV. La cuestión de su propiedad (144 - 159).

Bienes nullius. Propiedad del Monarca por derecho de conquista. Medidas de repoblación. Jus eminens. Las Partidas. Reconocimiento de los Monarcas de que carecen de facultades para enajenar los baldíos. Conclusiones: 1.—Los baldíos son de aprovechamiento comunal. 2.—Su propietario es el Concejo. 3.—Los Monarcas los enajenan periódicamente y en su beneficio. 4.—No son de uso común. 5.—Se trata, en definitiva, de bienes comunales. Los llamados baldíos realengos. El ejemplo del Derecho comparado: Alemania, Francia, América.

V. Sus consecuencias en la legislación del siglo XVIII (159 - 168).

El Decreto de 28-9-1737. El Real Decreto de 8-10-1738. Ventas ordenadas por el Monarca y reacción de los pueblos: su análisis. Fernando VI detiene las ventas: análisis.

VI. El Decreto de 4 de enero de 1813 (168 - 171).

Texto. Conclusiones.

VII. El siglo XIX (171 - 174).

La política de Fernando VII. El bienio liberal. La reforma tributaria de Mon. El Reglamento para la ley de colonización y repoblación interior de 13-3-1908.

VIII. Los baldíos de Alburquerque (175 - 178).

La increíble historia de los baldíos de Alburquerque y su solución.

CAPITULO QUINTO: IMPUTACION DE LOS BIENES COMUNALES A UNA UNIVERSITAS.

I. Origen del municipio medieval (181 - 185).

Tesis romanista y tesis germanista. Tesis romanista: El municipio medieval es una continuación del municipio romano: Savigny, Herculano, Azcárate, E. Mayer. Crítica definitiva de Sánchez Albornoz. Tesis germanista: el municipio romano desapareció totalmente, habiéndose

formado un municipio posterior con elementos típicamente medievales: Hinojosa. Es importante saber cuándo surge el municipio medieval, porque su origen está vinculado al de los bienes comunales, desde el momento en que éstos son el resultado de una imputación a la nueva universitas municipal de los bienes que antes eran del común de vecinos.

II. Las bases políticas, económicas y sociales (185 - 189).

Factores que posibilitaron la formación jurídica del municipio: Font Rius. Especialidades importantes en orden a sus relaciones con los bienes comunales: Las communes de Francia y las comunidades españolas.

III. Se inicia el proceso de formación de las ciudades (189 - 195).

En la alta edad media no puede hablarse ni de municipio ni de ciudades en sentido jurídico. Se trata de simples agrupaciones sociales de individuos. Dentro de una civitas se agrupan varias comunidades. En el siglo X empieza a identificarse la ciudad con la comunidad que alberga. Status especial de la ciudad y del ciudadano. Comunidades urbanas y rurales. El Concilium. El cives. La universitas civium. Dentro de la ciudad se forma una comunidad de ciudadanos organizada como unidad. La burguesía conquista los poderes públicos y señoriales radicados en el territorio municipal. La universitas, persona moral. Primera estructuración orgánica. Intervención real. El gobierno de Concejo y el gobierno de Regimiento.

IV. Evolución de la universitas en los documentos medievales españoles (195 - 199).

A) Primera fase: a), la ciudad no existe ni como persona jurídica independiente de sus miembros, ni siquiera como simple agrupación de ellos. Sólo se toman en consideración personas físicas; b), Personificación de las comunidades en una persona: el abad, un santo. B) Segunda fase: Junto a los individuos aparece un órgano, que es simple expresión de la agrupación social de los vecinos. C) Tercera fase: el Concejo se personaliza, pero convive con los vecinos. D) Cuarta fase: el Concejo adquiere la representación exclusiva de la ciudad, como titular de los derechos y obligaciones de la misma.

V. Relaciones entre la universitas y los bienes comunales (200 - 208).

Los aprovechamientos comunales son un factor importante en la formación del municipio primitivo: Font Rius. Al común de vecinos siempre han pertenecido bienes: A) Bienes que hoy serían calificados como de dominio y uso públicos. B) Bienes que hoy se denominaría patrimoniales o de propios. Su transformación gradual. C) Bienes comunales propiamente dichos. D) Derechos de uso sobre bienes de un señor o de una abadía. Conclusión: El antiguo común de vecinos se desgaja en dos elementos: el municipio y los vecinos; los bienes de propios se adscriben al municipio con carácter exclusivo; los bienes comunales siguen afectados a los dos elementos que en día compusieron el común de vecinos: al municipio y a los vecinos conjuntamente.

VI. Disociación excepcional entre la universitas y los bienes comunales (208 - 212).

La universitas jurídica no se identifica a veces con el municipio político, y ambas figuras conviven con relativa independencia. Tradicional ejemplo de Suiza. También se conoce en España, en Galicia especialmente. Al aprovechamiento de los bienes comunales no tienen derecho los vecinos del municipio, sino los miembros de una comunidad especial. Comunidades personales, comunidades reales y comunidades de usufructuarios. El art. 192, 4 LRL.

VII. Supervivencias de las titularidades vecinales en los bienes comunales de la Edad Moderna (212 - 215).

No obstante la formación del municipio y la desaparición política del común de vecinos, éstos no abandonan por completo sus derechos cuando se trata de bienes que aprovechan comunalmente, y actúan junto con el Concejo. Ejemplos.

CAPITULO SEXTO: LA FORMACION DE LOS BIENES COMUNALES EN EL SIGLO XIX.

I. Generalidades (219 - 221).

El concepto técnico-jurídico de los bienes comunales se forma en el siglo XIX como consecuencia de la desamortización. También contribuye la legislación fiscal. Las leyes locales sólo se ocupan de su ré-

gimen. Todavía hay un cuarto sector de importancia: la legislación forestal. El Decreto de las Cortes de Cádiz de 4-1-1813 y la Real Cédula de 22-7-1819.

II. Los bienes comunales en la legislación desamortizadora (221 - 232).

La ley de 1-5-1855 excepciona de la desamortización a los bienes del común de los pueblos de aprovechamiento común. A) Distinción entre bienes de propios y bienes comunes. El código civil. El Tribunal Supremo. Manresa. B) Distinción entre bienes de propios y bienes de aprovechamiento común. Dificultad. Discursos parlamentarios. Normas complementarias. Conclusión. Bienes de propios son los que están arbitrados y constituyen una fuente de ingreso para el municipio, y de aprovechamiento común los demás. Observación importante: la ley de 1855 no exceptúa de la venta los bienes de aprovechamiento común, atendiendo a su origen, sino aquéllos que se aprovechan en común al tiempo de su promulgación. Los bienes comunales no pierden necesariamente su carácter por la circunstancia de que el municipio imponga un gravamen sobre su aprovechamiento. Jurisprudencia. Imprecisión dominante en la práctica. Normas complementarias.

III. Los bienes comunales en la legislación fiscal (232 - 242).

A) Contribución territorial. Ley de Mon de 1845. Reglamento de 24-1-1894. R. O. de 3-7-1891. Jurisprudencia. La ley de reforma tributaria de 29-12-1910. Jurisprudencia. B) Veinte por ciento de propios. La R. O. de 23-4-1858. C) El impuesto del 10 por 100 sobre aprovechamientos forestales.

IV. Los bienes comunales en la legislación municipal (243 - 250).

Falta criterio sistemático. Proyecto de Ley del Marqués de Someruelos de 23-2-1838. Proyecto de Ley de Esteban Collantes. Ley Municipal de 1877. Proyecto de Ley de 1907. Estatuto Municipal. Su reglamento de Hacienda.

V. Los bienes comunales en la Jurisprudencia (251 - 255).

Decidida actitud del Tribunal Supremo en defensa de los bienes comunales. Circunstancias que no hacen perder a los bienes comunales su carácter de tales.

VI. Los bienes comunales en la legislación de montes (255 - 259).

Buena parte de los bienes comunales tienen la consideración legal de montes. Ley de 3-2-1823. Ordenanzas generales de montes de 1833. RR. OO. posteriores. Ley de 1863. Su Reglamento de 1865.

CAPITULO SEPTIMO: NATURALEZA JURIDICA.

I. Planteamiento tradicional: Titularidad alternativa (263 - 265).

Soluciones de la doctrina tradicional: A) Los bienes comunales pertenecen a los vecinos: Royo-Villanova, García-Oviedo. Ley Municipal de 1935. Ley de Bases de Reforma agraria. B) Los bienes comunales son propiedad del municipio. El Reglamento de Bienes. La Jurisprudencia.

II. Titularidad histórica: El común de los vecinos. Su descomposición (265 - 270).

Históricamente los bienes comunales pertenecían al común de vecinos. Su significado. El común de vecinos jurídicamente no es lo mismo que la simple agrupación de los vecinos: Puig Brutau. En un principio servía para designar la agrupación social de los vecinos que, sin llegar a estar dotada de personalidad jurídica, era titular de derechos y obligaciones diferentes de las de los vecinos individualmente considerados. En este momento se identifica el común de vecinos con los bienes comunales. Posteriormente, la crítica romanista rechaza el concepto en cuanto carente de personalidad, y lo sustituye por el Municipio, que es persona jurídica. Dentro de los bienes comunales se desglosan los bienes de propios o afectados a las necesidades colectivas, por oposición a los bienes de aprovechamiento común o afectados a las necesidades individuales de los miembros de la colectividad. El municipio se identifica con los bienes de propios. Hay una teoría que, paralelamente, identifica a los bienes comunales con los vecinos. Su incorrección. Ni el Municipio ni los vecinos pueden ser considerados como titulares exclusivos de las relaciones jurídicas (de dominio y de aprovechamiento) que se refieren a los bienes comunales.

III. Ttiularidad concurrente del Municipio y de los vecinos (270 - 271).

Los derechos del municipio y de los vecinos no actúan de modo alternativo (como se sostenía por la doctrina tradicional), sino concu-

rrente. Fernández de Velasco, Garrido Falla, la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ambos derechos se articulan bajo la fórmula de la titularidad alternativa. García Granero.

IV. La titularidad de los vecinos (271 - 278).

Posibles soluciones al modo que tienen de articularse entre sí los derechos de los vecinos: A) Comunidad en mano común. Opiniones encontradas de la doctrina sobre la posibilidad de su existencia en el derecho español. La jurisprudencia. B) Comunidad romana por cuotas. Su introducción en el sistema municipal por obra de la recepción del derecho romano.

V. Naturaleza (278 - 289).

Posibles soluciones al problema de la naturaleza del derecho de los vecinos: A) Propiedad especial cuyo contenido es el aprovechamiento. B) Usufructo limitado en cuanto al objeto. También puede ser un uso. Vieja distinción medieval entre titularidad quoad usum y quoad dominium. C) Servidumbre personal o comunidad. El artículo 531 del código civil. Ossorio Morales. Tamayo. ¿Servidumbre o comunidad? Servidumbre de pastos ejercida en común. La jurisprudencia. D) Dominio dividido. La Jurisprudencia. Ejemplos legislativos. E) Derecho público corporativo de aprovechamiento y disfrute. Esta es la solución más exacta a la luz del Derecho Administrativo. El artículo 47 LRL. Se trata de un derecho real administrativo de goce.

VI. El derecho del Municipio: Naturaleza (289 - 297).

El discutido carácter del dominio público de los bienes comunales. A) Con anterioridad a la LRL. Según la corriente dominante los bienes comunales son de dominio público en cuanto su régimen es idéntico. García de Enterría, Alvarez Gendín, González Berenguer, Guaita, Siera Bustelo. Pero la tesis contraria parece más correcta porque no se trata de regímenes idénticos y pesa, además, en su favor, una terminante declaración legal.

VII. Interconexión de los derechos del Municipio y de los vecinos (298 - 300).

La concurrencia de derechos provoca una recíproca influencia: a), en materia de desafectaciones; b), determinación de la existencia de tales bienes; c), calificación; d), conflicto entre el Ayuntamiento y un vecino; d), conflictos entre vecinos.

VIII. Bienes comunales atípicos (301 - 304).

Son bienes aprovechados vecinalmente en supuestos no previstos en la LRL. El aprovechamiento vecinal no recae sobre bienes propiedad del Municipio, sino sobre bienes de los propios vecinos o de terceros. Variedades más importantes.

CAPITULO OCTAVO: BIENES COMUNALES ATIPICOS.

I. Generalidades (307 - 316).

1. Donde encontremos un aprovechamiento comunal vecinal habrá bienes comunales, aunque su titularidad no corresponda al Municipio. A este supuesto, por no aparecer en la LRL, se le denomina bienes comunales atípicos. Siempre han sido conocidos por la doctrina. Santayana Bustillo. Decreto francés de 1793. Henrion de Pansey. Hauriou. Zanobini.—2. Diferencia entre uso o aprovechamiento común y uso o aprovechamiento comunal. Las Partidas: a), cosas que pertenecen comunalmente a todas las criaturas; b), cosas que apartadamente son del común de cada Ciudad o Villa.

II. Bienes comunales provinciales (316).

Su excepcionalidad dogmática y real. Los montes navarros de Urbasa, Andía y La Planilla.

III. Titularidad del Estado (317 - 318).

Los beneficiarios de los aprovechamientos son los vecinos y el titular del dominio es el Estado. Jurisprudencia.

IV. Comunidades de tierra (318 - 348).

1. Diversas denominaciones. Representan un caso de disociación entre el órgano político-administrativo y el titular de determinados bienes y aprovechamientos comunales. Proceso de formación: al común de vecinos no sucede un Municipio, sino varios.—2. Origen. Su fisonomía medieval. Gibert. Estructura feudal. Significación política. Comunidades de Tierra y Comunidades políticas.—3. En el siglo XIX se suprimen inesperadamente. Interpretación de la R. O. de 31-5-1837: Villar y Romero, Alvarez Gendín, Lecea. La jurisprudencia.—4. No obs-

civil. El criterio jurisprudencial.—5. Regulación. El art. 601 C. c. se remite a la legislación municipal. El Decreto de 8-1-1954. Normas consuetudinarias. Concordias.—6. Proporción en los aprovechamientos. Criterio jurisprudencial.—7. Jurisdicción.

VII. Derrotas de pastos (391 - 393).

Es una variedad de bienes comunales referidos a propiedades particulares. Su posibilidad. La ley de 7-10-1938 y el Reglamento de 8-1-1954.

VIII. Los bienes comunales y el régimen foral (393 - 399).

1. Navarrá. A) Pastos de facería. B) Corraliza. C) Comunidad de pastos en terrenos municipales. D) Facerías internacionales.—2. Aragón. A) Alera foral. B) Boalares o dehesas boyales.—3. Guipúzcoa.—4. Cataluña.

VIII. Los bienes comunales en la colonización americana (399 - 403).

A) Ejidos. B) Fundo legal. C) Terrenos pertenecientes a ciudades fundadas por españoles: a), fundadas por empresas particulares; b), fundadas por las autoridades de la colonia. D) Dehesas boyales. E) Derrotas o pastos comunes de las parcelas sembradas. F) Bienes comunales de los indios.

CAPITULO IX: MONTES VECINALES.

I. Tipología genética (409 - 418).

Clasificación en orden a las formas como se han originado. A) Montes comunes de origen comunal. Son una consecuencia de la desamortización: los vecinos que quieren mantener sus aprovechamientos comunales compran privadamente la finca municipal que se enajena. Dificultades posteriores para conservar la comunidad civil así formada. Confusión con el antiguo régimen de bienes comunales. El peligro de la intervención administrativa. B) Montes comunes de origen foral. Muchos montes, especialmente en Galicia, que hoy se aprovechan comunalmente se basan en la liquidación de foros antiguos. Explicación. Confusión actual de estos derechos. Un ejemplo. C) Montes adquirido por usucapión a favor de una comunidad de vecinos. Cuantivamente esta es la variedad más importante. Posibilidad jurídica. Ejemplos recogidos por la jurisprudencia.

II. Reconocimiento jurisprudencial. Su doctrina (418 - 429).

La jurisprudencia ha reconocido los tres tipos así formados. A) Montes comunes de origen comunal. Ejemplos. La Dirección General de los Registros y del Notariado. Conclusión: en estos supuestos nos encontramos ante una comunidad ordinaria de las reguladas en el código civil; condominio de tipo romano, en el que la inalienabilidad surge circunstancialmente como un libre pacto de los copropietarios. B) Montes comunes de origen foral. Ejemplos. Compaginación de su naturaleza privada con la evidente vinculación del derecho con la calidad de vecino. C) Montes adquiridos por usucapión a favor de una comunidad de vecinos. Ejemplos. El sujeto activo de la prescripción. Comunidad de dominio y comunidad de utilización. Restricciones a la comunidad. La jurisprudencia de las provincias gallegas. Conclusiones: la prescripción ha sido realizada por una colectividad de vecinos; la propiedad pertenece al común de vecinos en cuanto grupo social; se trata de un dominio de carácter civil. Los distintos derechos de los vecinos se articulan en una comunidad de tipo germánico, lo que acarrea las notas de inalienabilidad e indivisibilidad.

III. Regulación legal (427 - 432).

A partir de la R. O. de 22-5-1848 el legislador desconoce esta figura. La legislación vigente no se atiene al criterio genético. El Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales. El Reglamento de montes.

IV. Construcción dogmática (432 - 442).

Principios: I. De los montes vecinales puede formarse un concepto unitario integrado por dos notas: un aprovechamiento vecinal y una titularidad dominical privada, también comunal y vecinal.—II. Su naturaleza jurídica es privada, aunque con evidentes modulaciones de carácter administrativo.—III. Su régimen jurídico no depende de su origen, sino de su tipo comunitario: A) Comunidades de tipo romano. Doctrina jurisprudencial. B) Comunidades de tipo germánico. Es la figura ordinaria. Razones de índole práctica. Razones esenciales. Puig Brutau. Objeciones. Importancia del título originario. Variedades: Los adquirentes aparecen nominalmente y desean establecer una comunidad ordinaria, que mantienen a lo largo de las generaciones; los adquirentes aparecen designados nominalmente, constituyendo aparentemente una comunidad romana, pero lo que desean es continuar los aprovechamientos vecinalmente; los adquirentes sólo son unos cuantos vecinos, que actúan fiduciariamente en beneficio de todos los demás. La prescripción como cobertura genérica. Importancia práctica de la

caracterización comunitaria romana o germánica. Auténtica significación de la vecindad. Alteraciones subjetivas de la comunidad: adquisición por un no vecino de bienes raíces en el término municipal; en el lugar se instala un nuevo individuo que, al margen de toda propiedad, adquiere administrativamente la condición de vecino.

V. Montes en mano común de vecinos en Galicia (442 - 464).

Variedad de las comunidades de tipo germánico.—1. Configuración. Descripción jurisdiccional.—2. Caracteres jurídicos. a), inalienabilidad; b), indivisibilidad. El grave problema de la intervención administrativa.—3. Fundamento de su existencia. No se trata de una peculiaridad de su origen, sino de una peculiaridad de su evolución. Comprobación. Ejemplos tomados de otras regiones. Pecularidades geográficas y sociales de Galicia. Montes gallegos que son comunales típicos. Situación actual. La legislación de montes. Vinculación de los montes a los Ayuntamientos respectivos. Interpretación: Informe de la Cámara Oficial Sindical Agraria de la Provincia de La Coruña, Benito González Pérez, Díaz de la Riva y Guerra-Librero. La cuestión de su propiedad. La intervención administrativa se ha hecho tan íntima que han terminado asimilándose a los montes comunales. Sus consecuencias. Otros aspectos tenidos en cuenta por la legislación forestal. La compilación de derecho civil especial de Galicia: arts. 88 y 89.

VI. Montes parroquiales (465 - 471).

1. Sus beneficiarios son los titulares de núcleos sociales inframunicipales. Son fácilmente confundibles con los montes vecinales.—2. Su regulación en la ley municipal de 1877.—3. El Estatuto municipal de 1924. Deficiente regulación actual. Rodríguez Moro.—4. Renovación de criterios en la moderna jurisprudencia. a) Posibilidad de que estos núcleos sociales tengan una cierta personalidad jurídica. b) La titularidad dominical. c) Efectos de la cuasi-personalidad.—5. Aprovechamientos parroquiales no exclusivos. Diferentes hipótesis.—6. La legitimación para la reivindicación de montes parroquiales. Remisión a otro lugar del texto.

CAPITULO X: INALIENABILIDAD. DESAFECTACION.

I. Evolución histórica (475 - 482).

Relaciones doctrinales con la inalienabilidad del Dominio público. Derecho romano. Edad media. Las Partidas. El principio adquiere

vechamientos; d), continuidad de los diez años; e), interrupción forzosa. Conclusión: sin desuso no puede plantearse siquiera la cuestión de la conveniencia; pero el desuso, que es requisito necesario, no es suficiente, al precisarse, además, la declaración de conveniencia.—5. El desuso subrepticio. Corruptela de imponer un canon de aprovechamiento; transformación de un aprovechamiento uti cives en uti singuli.—6. Consecuencias de la desafectación.—7. Destino de los bienes afectados, artículo 194, 2 LRL. Incorreción. Decreto de 16-6-1954. El RB ensaya una correción. Bienes comunales forestales y no forestales. Exigencia de un aprovechamiento agrícola. Posibilidad de un destino no agrario. Destinatarios. B) Desafectación tácita y conversión en bienes de propios, artículo 8,5 RB. Retroactividad del precepto. C) Desafectación tácita y conversión en bienes de Dominio público, artículo 8,4 b) RB.; dificultades de interpretación. Problemas recuperatorios. D) Desafectación expresa en concentraciones parcelarias: artículo 14 del Decreto de 8-11-1962. E) El párrafo 1 del artículo 8 RB. Desafectación unilateral de la Corporación. Negativa. F) El párrafo 3 del artículo 8 del RB. Su inaplicabilidad a los bienes comunales. G) Desafectación por voluntad de los vecinos. Negativa. El referendum.

V. **Enajenación** (525 - 534).

Artículo 189 LRL. Artículos 95 y siguientes. Circular de 14-9-1951.—1. Exigencia arbitraria de una autorización previa.—2. Significado de la comunicación.—3. Cesiones gratuitas.—4. Alcance de la expresión «leyes».—5. La subasta.—6. La naturaleza tutelar de la autorización.

VI. **Expropiación forzosa** (534 - 540).

1. Expropiación por terceros. Posibilidad. Determinación del expropiado. Los titulares de intereses económicos directos que recaen sobre el bien expropiado. Dificultades prácticas. El pago en especie. Ejemplos de textos legales.—2. Expropiación de bienes comunales realizada por el Ayuntamiento. Su interés para salvar los rigores del principio de la inalienabilidad. Garantías. Dificultades. Indemnización en especie o permuta.

CAPITULO XI: IMPRESCRIPTIBILIDAD.

I. Importancia de la prescripción como institución legitimadora de usurpaciones de bienes comunales (543 - 545).

La realidad de las prescripciones frente al dogma de la imprescriptibilidad. La contradicción en las Partidas y la solución de Gregorio López.

II. Imprescriptibilidad y posesión inmemorial (545 - 555).

La prescripción como cobertura jurídica de situaciones fácticas ilegales. La imprescriptibilidad como institución de Derecho Público. Posibilidad de que los Municipios adquieran por prescripción los bienes comunales. R. O. 11-2-1836. Derecho comparado. Entre la prescriptibilidad y la imprescriptibilidad a ultranza se encuentra la prescripción inmemorial centenaria. El estudio de García de Enterría. Ventajas y riesgos de esta figura. Ejemplos del Derecho indiano.

III. La imprescriptibilidad en la legislación vigente (555 - 561).

Reciente renovación dogmática del tema: la desafectación tácita. A) Imprescriptibilidad. B) Desafectación. C) Prescripción. Artículo 94 RM.

IV. Prescripción y afectación (562 - 569).

1. Artículo 84 RB. A) Se admite la existencia de bienes de uso comunal que no pertenecen al Municipio. B) Imputación de los actos posesorios al Municipio. C) Interpretación de los actos posesorios. a) Separación rigurosa entre los actos de los vecinos y los actos de la comunidad. b) La universitas puede adquirir por actos individuales de los vecinos. Fernández de Otero. D) Conclusiones. E) Responsabilidad.—2. Afectación de bienes de propios a usos comunales. El ejemplo italiano.—3. La prescripción como cobertura de situaciones inciertas.—4. Afectación directa formal realizada por el Municipio.

CAPITULO XII: LEGITIMACION Y RECUPERACION DE LOS BIENES COMUNALES USURPADOS.

tuciones especiales: A) Affouage. Definición. Condiciones generales de ejercicio del derecho. Métodos de repartición. Formas de aprovechamiento. Modo de realizar los aprovechamientos. Tasa. B) La vaine pâture. Antiguo régimen. La Revolución. El siglo XIX. Ley de 9-7-1889. Código de 1955.

II. Alemania (670 - 686).

1. Aprovechamientos individuales sobre la marca. Caza, pesca y colmeneo; aprovechamientos subterráneos; aprovechamientos hidráulicos; siega de hierba; prados; aprovechamientos forestales: limitaciones.—2. Aprovechamientos en beneficio de la comunidad. Construcción de obras comunales; funcionarios y servidores del Concejo; fines de carácter moral o religioso; arrendamientos.—3. Limitaciones de los derechos particulares por el derecho colectivo. Policía corporativa, normas determinadas por la corporación; venta de bienes; partición; arrendamiento; pérdida de la propiedad privada por razones sociales; aprovechamientos; campos arados y barbechos; la vuelta al estado comunal; costumbres y acuerdos.—4. Un ejemplo del siglo XVIII. La Commun-Ordnung de Württemberg de 1758.—5. El silo XIX. El General-Decret des Ober-Landes-Oekonomie Collegium de Württemberg de 1808; las Provincias occidentales prusianas.—6. Régimen actual.

III. Suiza (686).

IV. Austria (686 - 687).

Circular del Ministerio del Insterior de 11-12-1850. Ley comunal de 1878.

V. Italia (897 - 692).

1. Los usos cívicos. Descripción y clasificación, origen.—2. Naturaleza jurídica en el derecho moderno.—3. Ley de 16-6-1927.

CAPITULO XIV: FORMA DE LOS APROVECHAMIENTOS.

I. Textos legales (695 - 699).

Ley de Régimen Local. Reglamento de Bienes.

II. La vecindad como presupuesto de los aprovechamientos comunales (700 - 713).

La vecindad es un presupuesto de legitimación para realizar aprovechamientos comunales. Diferentes aspectos del status jurídico-administrativo de la vecindad. Evolución legislativa. La ley de 1870 rompe con la tradición concediendo la vecindad no sólo a los cabezas de familia, sino también a los simples emancipados. Razones. El moderado antidemocratismo de la ley de 1877. Vuelta al sistema democrático en 1890. El Estatuto Municipal. R. D. de 8-4-1930. Ley Municipal de 1935. Ley de 23-12-1948. LRL. ¿Vecinos-cabeza de familia o vecinos «y» cabezas de familia? Actitud de la jurisprudencia. Otros problemas. Ausentes, encarcelados, hacendados forasteros, extranjeros, cuasi-vecinos.

III. Explotación colectiva o comunal (713 - 718).

Explotación común ó cultivo colectivo. Variedades más frecuentes: A) Ejemplos histórico-consuetudinarios. B) Régimen pecuario. C) Régimen forestal. D) Rocas. E) Caza. F) Pesca. G) Agricultura. H) Otros casos.

IV. Adjudicación por lotes o suertes (718 - 726).

1. Subsidiaridad del sistema. Reconocimiento jurisprudencial.—2. Proporción inversa a la situación económica de los beneficiarios. Planteamiento tradicional: Gregorio López Covarrubias, Santayana, Descripción de Díaz-Caneja.

V. Adjudicación en pública subasta (726 - 732).

El artículo 192, 3 LRL y su desarrollo jurisprudencial. Los artículos 81 y 91 RB. Supuestos: A) Pastos sobrantes de los bienes comunales no sujetos a la legislación forestal. Dificultades interpretativas y prácticas. B) Pastos sobrantes de montes comunales. Los artículos 243 y 244 RM. Crítica.

VI. Aprovechamientos madereros que exigen una vecindad especialmente cualificada (732 - 755).

1. Artículo 192, 4 LRL. Montes a que se refiere.—2. Facultades del Ayuntamiento: ¿recoger normas consuetudinarias o reglamentar? Tesis de Garrido Falla. Tesis contraria. Doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo.—3. Planteamiento dogmático de la cuestión. a) Posibilidad de que una observancia contradiga los principios informadores del régimen municipal. b) Identificación de observancia y ordenanza. Borsi. c) Rango normativo asignado en nuestro ordenamiento a las observancias.—4. Estructura de este tipo de ordenanzas. Descripciones de Bullón y Marqués Carbó. El Consejo de Estado. Pretendido carácter de privilegio.—5. Planteamiento de la cuestión en el Derecho comparado. A) Alemania. B) Suiza. C) La Jurisprudencia europea. D) El jurista carrionés Fernández de Otero.—6. Doctrina del Tribunal Supremo. a) La evolución legislativa según la jurisprudencia. b) Doctrina general. c) Principio fundamental. d) Respeto a los derechos adquiridos. e) Condicionamiento de los acuerdos.

VII. El principio de la gratuidad (755 - 762).

1. Efectos de la arbitración en la época desamortizadora y en la actualidad. El artículo 193 LRL y las modificaciones introducidas por el artículo 82 RB.—2. Requisitos para la imposición de un canon.—3. Efectos del impago.—4. Aprobación de las ordenanzas que imponen el canon.

VIII. Ordenanzas de aprovechamientos (762 - 766).

1. Normas consuetudinarias, simples reglamentaciones locales y ordenadas aprobadas por el Ministerio de la Gobernación.—2. Procedimiento de elaboración: a), en el seno de la Corporación; b), ante el Gobernador civil; c), Tribunales contencioso-administrativos; d), publicación.—3. Modificación.

IX. Organización administrativa (767 - 778).

A quien corresponde la regulación de los aprovechamientos. A) El Ayuntamiento pleno. B) La Comisión municipal permanente. C) La Junta vecinal. D) Asamblea vecinal. E) Organos especiales. F) Juntas administrativas. G) Seudo-órganos de la Administración.—1. Terminología de Gasparri. Una laguna señalada por Rodríguez Moro.—2. Parroquias que no constituyen Entidad local menor. Creación y reconoci-

miento de Entidades locales menores.—3. Consecuencias: a), entidades locales menores sucesoras de los Entes previstos en el artículo 90 de la ley de 1877; b), entidades locales menores constiuidas mediante acto formal; c), núcleos que legalmente no constituyen entidad local menor. Vinculación especial a sus bienes. Reciente actitud jurisprudencial. H) Comunidades de Derecho privado.

X. Regulación jurídica y regulación técnica (779 - 781).

Los artículos 84 y 42 RB. Desarrollo jurisprudencial. Dificultades en la práctica.

XI. Aprovechamientos especiales (781 - 798).

A) Caza. Artículo 190 LRL. Crítica. B) Pesca. Artículo 41, 1 RB. Crítica. C) Aguas. Artículos 223 RM y 126 Ley de Aguas. D) Pastoreo. Artículos 35, 2 LM y 91 RM. Crítica. E) Cotos escolares y municipales de previsión. F) El artículo 195 LRL. 1. Características y peculiaridades. Gestación del precepto. Intervención de Maura. Alteraciones introducidas por el artículo 101 RB.—2. Concesión de parcelas de terrenos del Patrimonio municipal a favor de vecinos braceros. Sentido tradicional y actual. Huertos familiares. Ejemplos tradicionales. Legislación moderna. Invasión de la Administración estatal.

CAPITULO XV: EL OCASO DE LOS BIENES COMUNALES.

Estudio histórico del proceso que ha conducido en Europa a la ruina del antiguo patrimonio comunal. Lo que recapitulando ha tenido lugar por la concurrencia de los siguientes factores: a) usurpaciones del príncipe; b) usurpaciones de los señores; c) usurpaciones del Municipio; d) reparticiones de los vecinos; e) usurpaciones de los particulares.

I. Francia (802 - 817).

A) Usurpaciones del señor. Según la tesis de que los bienes comunales pertenecían originariamente a los vecinos, todos los derechos de los señores son consecuencia de usurpaciones; pero conforme a la tesis de que los derechos de los señores son los originarios, resulta que los usurpadores son los vecinos. Contraposición de ambas tesis. Pleitos.

La poesía popular. Afirmación de los derechos de los señores. Sistemas de legitimación de sus derechos: a) pagos al Tesoro. b) ocupación de marismas al amparo de una legislación de fomento. c) Triage. d) reservas de bosques. B) Venta de bienes comunales. La legislación revolucionaria. El siglo XIX. C) 1. Repartición entre los vecinos. Elementos sociales interesados: a) los «técnicos» de la agronomía fisiocrática; b) los filósofos ilustrados; c) los funcionarios; d) los nobles; e) los terratenientes; f) los jornaleros; g) montañeses.—2. Desarrollo legislativo del principio en el antiguo régimen. En los Tres Obispados, en D'Auch y Pau, en Borgoña, en Flandes y Artois.—3. La Revolución. El Decreto de 14-8-1892 y sus intenciones políticas. El Reglamento de 1793. Opinión de Cárdenas. La regulación de 1804.—4. La doctrina: Cormenin, Caffin, Garraud.—5. El problema de la vigencia del texto de 1793.

II. Italia (818 - 825).

1. Provincias meridionales. Abolición del feudalismo en 1806 y transformación de los antiguos usos en 1808. Sicilia.—2. Cerdeña. Los ademprivios.—3. Piombino.—4. Venecia.—5. El Nuevo Estado italiano. El ensayo de 1871. El segundo ensayo de 1888: la propiedad colectiva.—3. El Decreto-Ley de 1924 y el T. U. definitivo de 1927.

III. Alemania (826 - 835).

A) Usurpaciones del señor. La infiltración del señor en las marcas, según Maurer. La justificación jurídica. B) Usurpación por los municipios. Transformación en propios. Limitaciones legales. C) Ventas. Excepcionalidad. D) Reparticiones. Factores sociales. Instrumentos jurídicos. Desarrollo legislativo. La ordenanza prusiana de 1821. El problema de la decisión. Variedades doctrinales y su consagración legislativa.

IV. Inglaterra (836 - 840).

1. La primitiva organización rural de las Islas Británicas según los autores clásicos.—2. La conquista normanda y sus consecuencias.—3. Carlos II.—4. El siglo XIX.—5. La Enclosure Act de 1845.—6. En la actualidad.

V. América (840 - 842).

Perú, Colombia, Méjico. Los ejidos modernos.

suetudinaria. Las antiguas ordenanzas. Transformación social y económica.

II. Bienes comunales de pequeña y mediana extensión (884 - 891).

Interés actual de los aprovechamientos. A) Pastos. Dulas. B) Leñas. C) Maderas. Pérdida de interés por el autoconsumo. Valor económico en el mercado. Inadmisible desviación del principio comunal. Los privilegios. Igualdad y desigualdad. Justificación. D) Cultivo agrícola. Transformaciones sociales y técnicas. Explotaciones de base corporativa.

III. Bienes comunales de gran extensión (891 - 899).

1. La nostalgia del pasado. Inconvenientes económicos. La mentalidad campesina.—2. Defectos de las fórmulas administrativas. a) Determinación de los bienes comunales y de sus titulares. b) Individualismo. c) Descoordinación entre las autoridades administrativas. Efectos.—3. Defectos de la legislación. Ofrece excesivas soluciones.—4. El Derecho comparado: países socialistas, Israel, Méjico, Italia.

IV. Mancomunidades municipales constituidas en agrupaciones forestales (899 - 904).

1. Ensayo de armonización de normas. La LRL y la LM. Se trata de formar una mancomunidad municipal voluntaria, que se constituye como una agrupación forestal a los efectos de lograr una ordenación racional de una zona montañosa de gran extensión.—2. Mancomunidad voluntaria. Acuerdo de constitución, tramitación, estructura, requisitos, aprobación.—3. Agrupación forestal obligatoria.—4. El Ente así formado tiene personalidad jurídica. Consecuencias.

V. Presente y futuro de los bienes comunales en la obra de Sir G. Clauson (904 - 907).

Evolución abstracta de los bienes comunales. Fase primaria. Fase secundaria. Fase terciaria. Consecuencias económicas de estos regímenes. Organización administrativa. El ejemplo africano.

VI. Conclusión: el moderno espíritu de la comunalidad (907 - 912).

Inadecuación del espíritu liberal de la LRL con el momento actual. Los bienes comunales como reserva económica. Los bienes comunales

en la hora de la revolución verde. Crisis radical del concepto tradicional: la agricultura moderna se ha convertido en una agricultura de mercado, mientras que los bienes comunales siguen orientados hacia la fórmula tradicional del autoconsumo, que se encuentra sancionada, además, por la inercia legislativa. Este inmovilismo provoca su desaparición. Natural revitalización: la fórmula colectiva de la agricultura del presente y del futuro. Estructuras industriales y estructuras agrarias. Lasuén. Francia. Bajo esta perspectiva, los bienes comunales no son una figura inútil y anacrónica, sino la clave de la futura economía agraria española.

INDICE BIBLIOGRAFICO

Págs.

Carta-puebla de la villa de Puerto Real, Ed. R. de Cozar, 1913 ... ... 123, 199

Código de las costumbres de Tortosa, tomo II, 1878 131

XI Conferencia internacional de economistas agrícolas, Cuernavaca, 1961 ... ... 842, 898

Fuero de Alba de Tormes, 1142, Ed. Castro y Onis, 1916 122

Fuero de Baeza, Ed. Roudil, 1962 122

Fuero y privilegios de la villa de Cáceres, s. a. (siglo XVIII) 116, 120, 199, 204

Fuero de Cuenca, Ed. Ureña, 1935 ... ... 116, 120

Fuero de Ledesma, Ed. Castro y Onis, 1916 124

Fuero de Madrid, Ed. del Ayuntamiento de Madrid, 1963 ... 204

Fuero de Salamanca, Ed. Castro y Onis, 1916 121

Los fueros de Sepúlveda, Ed. de la Diputación Provincial de Segovia, 1953 123

Informe del Banco Mundial sobre el desarrollo económico de España, 1962 (ed. esp.) 871

APIANO ALEJANDRINO, *Las guerras ibéricas,* transcrito por GARCÍA GALLO (traducción CORTES y LÓPEZ) en *Historia del Derecho Español,* 3.ª ed., 1943, t. II 72

ARANDA NAVARRO, *Los bienes comunales,* 1962, tesis (inédita). Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. 617, 620, 621

D'ARGOIS DE JUBAINVILLE, *Les celtes en Espagne,* "Revue celtique", 1893, núm. 4 70

ARIAS RAMOS, *Derecho romano,* 3.ª ed., 1947, ... 75

ASHBY, *Las tierras de dominio público,* FAO, Roma, 1956 27

ASTUTI, *Una curiosa polémica in tema di usi civici,* "Rivista di Diritto agrario", 1956, I-II 689

ATIENZA, *Juristas indianos; El licenciado Matienzo; Oidor de la Audiencia de Charcas y su Gobierno del Perú,* "Revista de la Facultad de Derecho de Madrid", núms. 8, 9, 10 y 11, 1942 33

ATKINSON, *Handbook of Local Government Law,* 1933 840

AUBY, *Droit administratif spécial,* 1958 664

AZCÁRATE, *Estudios filosóficos y políticos,* 1877 182

AZCÁRATE, *Ensayos sobre la historia del Derecho de propiedad,* t. I, 1873, t. II, 1880 51

Págs.

BALARI, *Orígenes históricos de Cataluña*, 1899 105
BALLARÍN, *La agricultura española, en sus aspectos jurídicos*, 1962 142
BARROS, *Los árboles plantados por particulares en los montes públicos o terrenos del común*, "Faro de Vigo", 5.4.1947, ... 791
BARROS, *Derecho local de España*, 1951 519
BAUDIN, *Der sozialistische Staat der Inka*, Hamburgo, 1956 (ed. francesa: Les incas, París, 1964) 32, 841
BEAUDOUIN, *La limitation des Fond de terre*, "Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger", 1893-94 79
VON BELOW, *Das kurze Leben einer vielgenannten Theorie*, Ueber die Lehre vom Ureigentum, "Probleme der Wirtschaftsgeschichte", 1920 37
BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, 1954 ... ... 272, 274
BENEYTO, Recensión a la obra de DOPSCH, *Die freien Marken in Deutschland*, "Anuario de Historia del Derecho Español", X, 1933 46
BENEYTO, *Notas sobre el origen de los usos comunales*, "Anuario de Historia del Derecho Español", IX, 1932 39, 42, 47, 52, 82, 84, 85, 87 94
BENEYTO, *Estudios sobre la historia del régimen agrario*, 1941. 39
BERMEJO GIRONÉS, *Bienes municipales*, "N. E. J. S.", III, 1951 616, 621, 623, 644
BERTAZZOLIUS, *Decisivae consultationes*, Francof. a. M., 1603 748
BERTHELEMY, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 13 ed., 1933 ... ... 661, 665, 816
BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1825, II ... 837
BLOCH, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, t. I, ed. 1955 ... ... 803, 809
BLOCK, *Dictionnaire de l'Administration française*, 2.ª ed., 1878. 810
BLONDEL, *Note sur les origenes de la proprieté*, "Melanges Appleton", 1903 37
BORSI, *Le fonzioni del Comune italiano*, en el "Primo Trattato" de ORLANDO, vol. 2, parte 2, 1915 738
BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, 1897 ... ... 84, 86
BRUTAILS, *Etude sur la condition des populations rurales du Rousillon au Moyen Age*, 1891 ... ... 105, 128 200

Págs.

Págs.

Págs.

D'ESSUILE, *Traité politique et économique des communes*, 1770. 809

D. y DÍAZ CANEJA, *Bienes municipales*, "Revista de Estudios de la Vida Local", núm. 81- 1955 ... ... 4, 56, 296, 499, 701, 725, 756

DÍAZ DE LA RIVA y GUERRA-LIBRERO, *Montes municipales*, 1963. 459, 706, 755

DIERKES, KLEINSOR, *Kommentar des westlichen Städteordnungen Preussens*, 1933 583

DÍEZ CANSECO, *Sobre los Fueros del Valle de Fenar, Castrocalbón y Pajares*, "Anuario de Historia del Derecho Español", I, 1924 ... ... 40, 102, 200

DIODORO DE SICILIA, *Biblioteca histórica*, lib. V, cap. 34, 3 69

DOMÍNGUEZ GUILARTE, *Notas sobre la adquisición de tierras y frutos en nuestro derecho medieval*, "Anuario de Historia del Derecho Español", X, 1933 ... ... 97, 105, 125, 127 145

DOPSCH, *Die freien Marken in Deutschland*, 1933 ... ... 38, 46

ENTRENA CUESTA, *Naturaleza y régimen jurídico de las rocas*, "Revista de Administración Pública", núm. 30, 1959 716

ENTRENA CUESTA, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, "Revista de Administración Pública", núm. 24, 1957 390

ESCRICHE, *Diccionario de Jurisprudencia*, 2.ª ed., t. I, 1838. Voz "Baldíos" 138, 143

ESPEJO, *Costumbres de derecho y economía rural*, 1900 788

FAIRÉN GUILLÉN, *Facerías internacionales pirenaicas*, 1956 397

FAIRÉN GUILLÉN, *Consideraciones jurídicas sobre los boalares de Aragón*, "Anuario de Derecho Aragonés", 1944 398

FAIRÉN GUILLÉN, *La alera foral*, 1951 ... 18, 149, 204, 393, 394, 398, 410, 708, 710

FERNÁNDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis et jure pascendi*, Ed. Colonia Allobrogum, 1732 ... ... 19, 507, 564, 565, 709, 748

FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Sobre la naturaleza jurídica de los bienes comunales*, "Revista de Derecho Privado", 1928. 9, 52, 223, 270, 291, 292, 293

FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Sobre la incorporación de la noción de dominio público al Código civil español*, "Revista de la Facultad de Derecho de Madrid", núm. homenaje a Gascón y Marín, 1942 ... ... 2, 223

Págs

Págs.

Págs.

HENRION DE PANSEY, *Des biens communaux et de la police rurale et forestière*, "Oeuvres judiciaires", París, s. a. ... 42, 51, 153, 154, 309, 362, 486, 487, 488, 533, 549, 560, 586, 652, 653, 656, 659, 661, 667, 804, 805

HERCULANO, *Historia de Portugal*, t. VIII, 7.ª ed., 1910 182

HINOJOSA, *Origen del régimen municipal en León y Castilla*, 1903, ... 183, 194

HINOJOSA, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, 1905 ... 48, 93, 105, 109, 127, 148, 149

HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit* 1789, t. I, 1957 831

ISAACSOHN, *Die Geschichte des preussischen Beamtentums*, t. II, 1878-1962 675

ISABAL, voz "*Pastos*", "Enciclopedia jurídica Seix", XXIV, 376, ... 379, 412, 413

S. ISIDORO, *Etymologiae*, lib. II, cap. III 51

IMBART DE LATOUR, *Les colonies agricoles et l'occupation des terres desertes*, "Melanges Fabre", 1902 110

JANSSE, *La propieté et les regime des biens dans les civilisations occidentales*, 1952 37

JENKS, *Essai sur le governement local en Angleterre*, 1902 195

JORDANA DE POZAS, *Derecho municipal*, 1925 ... ... 9, 704

JOVE, *Los foros*, 1883 414

JOVELLANOS, *Informe sobre la Ley agraria*, Ed. Biblioteca Universal, 1917, 2 vols. 139, 140, 142, 143

JUSTI, *Grundfesten der Polizeiwissenschaft. (Die Grundfeste zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten)*, 1760, I, ... 829

KANTOROWICZ, *H. Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (GNAEUS FLAVIUS), 1906 11

KASER, *Eigentum und Besitz im aelteren roemischen Recht*, 2.ª ed., 1956 37

KERN, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, ed. 1958 194

KLEIN, *La Mesta*, trad. esp. 1936 ... ... 141, 579, 580

KNAUS, *Die politische Landgemeinde als Grundeigenthümerin*, 1844 829

KÖTZSCHKE, *Manorial System*, "Encyclopaedia of the Social Sciencen", t. X, 1954 837

Págs.

KOSCHAKER, *Europa y el Dere hcoromano*, trad. esp., 1955. 14, 34, 46, 277, 280, 564

LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, I, Ed. 1911 288

LACARRA, *La formación de las familias de fueros navarros*, "Anuario de Historia del Derecho Español", X, 1933. 116, 117, 118, 120

LANDMANN, GIERS, PROKSCH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1961 ... 737

LASUEN, *Las reformas agrarias*, "Moneda y Crédito", núm. 79, 1961 ... 910

LATRUFFE-MONTMELIAN, *Traité des droits des communes sur les biens communaux*, t. I, ... 495, 496

LAURIA, *Demani e feudi nell'Italia meridionale*, 1923 ... 44

LAVELEYE, *De la Propriété et de ses formes primitives*, 1874 ... 7, 36

LAVELEYE, *La propriété du sol dans differents pays*, 1886 ... 7

LEAL, *Modalidades de la propiedad inmobiliaria en la provincia de Cáceres*, "Boletín del Instituto de Reforma Agraria", núm. 24, 1934 ... 434

LEBRET, MARMY, GERLAUD, MACQUERON, AUBENAS, DAUVILLIER y MURAT, *Propriété et communauté*, 1944 ... 37

LECEA, *La comunidad de Villa y Tierra de Segovia*, 1892. 58, 322, 323, 324, 326, 328, 344

LEDERMAN-BRUEHL, *Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der preussischen Monarchie vom* 30.5.1853, 1913, 828, 833

V. LIST, *Die Ackerverfassung, die Zwergwirthschaft und die Auswanderung*, 1842 ... 829

LÓPEZ, Gregorio, *Glosa a las Partidas* ... 310, 311, 476, 477

LÓPEZ FERREIRO, *Fueros Municipales de Santiago y su tierra*, 1895. 182

LÓPEZ MORÁN, *Propiedad colectiva, repartos de tierras, molinos comunes, etc.*, COSTA, "Derecho consuetudinario...", t. II, 1902 ... 714, 798, 474, 490, 576

LORENTE SANZ, *Enajenación de bienes municipales*, "Revista de Estudios de la Vida Local", núm. 7, 1943 ... 263, 529

LLANO y LAMONEDA, *La Nueva Ley municipal orgánica*, 1936 ... 705

LLEO, *Del Patrimonio municipal. Comentarios al capítulo II del Real Decreto de 23 de agosto último*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1925 ... 494

Págs.

Págs.

Págs.

Págs.

OTERO PEÓN, *Informe sobre la propiedad privada de los montes*, 1957 ... ... 414, 415

OTS CAPDEQUI, *Apuntes para la historia del municipio hispanoamericano del período colonial*, "Anuario de Historia del Derecho Español", I, 1924 33

OTS CAPDEQUI, *El derecho de propiedad en la legislación de Indias*, "Anuario de Historia del Derecho Español", II, 1925 ... ... 156, 403

OTS CAPDEQUI, *España en América*, 1959 ... 156, 157, 158, 401, 553, 585

OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, 1959 ... 903

OURLIAC y MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit, II, Les biens*. 1961 ... ... 41, 475

PADULA, *Le Consorterie della Valle d'Aosta*, 1911 898

PACIANUS, *Consilia et Responsa*, Vindel, 1605 746

PALLINI, *Abolizione ed affrancazione degli usi civici nella provincia inferiore senese, oggi provincia di Grossato, in forza della reforma leopoldina*, "Revista di Diritto agrario", 1931 818

PASCAL, *Pensées*, 1.ª parte, art. VII, 50, IX, 53 ... ... 28, 144

PEAKL, *Village Community*, "Encyclopaedia of the Social Science", t. XV, 1954 837

PELLOUX, *Le problème du Domaine public: Evolution et solution actuelles*, 1932 476

PÉREZ JOFRE, *Los bienes de servicio público y el Registro de la Propiedad*, "Revista de Estudios de la Vida Local", núm. 109, 1960 647

PÉREZ PUJOL, *Historia de las instituciones sociales en la España goda*, t. IV, 1896 ... ... 91, 92, 93, 96, 97

PÉREZ DE URBEL, en la *Historia de España dirigida por* MENÉNDEZ PIDAL, t. VI, 1956 ... ... 104, 107, 126, 127

Petit Dictionnaire de Droit Municipal, 1926 ... 660, 662, 663, 665, 808, 817

PETIT-DUTAILLIS, *Les Communes française*, 1947 188

PIRENNE, *Mahomet et Charlemagne*, 1936 101

PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, trad. español, 1957 ... ... 39, 45, 205, 272, 276, 279, 283, 284, 364

POSADA, *Tratado de Derecha Administrativo*, II, 1898 291

INDICE DE JURISPRUDENCIA